Die rechtliche Regelung des Ausverkaufswesens in der Schweiz

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
RUDOLF FLÜELER
von Waltersberg/NW.

VERLAG P. G. KELLER - WINTERTHUR 1957

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547619_0030

Die rechtliche Regelung des Ausverkaufswesens in der Schweiz

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
RUDOLF FLÜELER
von Waltersberg/NW.

VERLAG P. G. KELLER - WINTERTHUR 1957

Die Fakultät hat diese Arbeit am 28. Juni 1956 auf Antrag von Prof. Dr. Hans Huber als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Meinem lieben Vater

Inhaltsverzeichnis

Autorenverzeichnis VII
Materialien IX
Periodika und Festschriften IX
Abkürzungen und Zitierweise XI

Einleitung

1. Kapitel: Die wirtschaftliche Bedeutung der Ausverkäufe 1
2. Kapitel: Geschichtliches 7

Dogmatischer Teil

1. Kapitel: Grundsatz und Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit 22
2. Kapitel: Handels- und Gewerbefreiheit und Gewerbepolizei 31
3. Kapitel: Handels- und Gewerbefreiheit und Privatrecht 46

Spezieller Teil

Einleitung: Begriff und Arten der Ausverkäufe 54

1. Abschnitt: Voraussetzungen und Folgen der Unterstellung einer Ausverkaufsveranstaltung 71
1. Kapitel: Der Geltungsbereich der Ausverkaufsverordnung 71
2. Kapitel: Die Ausverkaufsbewilligung 85

2. Abschnitt: Die Beschränkungen der Durchführung 100
3. Kapitel: Die Ankündigung und die an sie gestellten Anforderungen 101
4. Kapitel: Die zeitlichen Beschränkungen 110
5. Kapitel: Die sachlichen Beschränkungen 122
6. Kapitel: Insbesondere das Geschäftseröffnungsverbot 129

3. Abschnitt: Der Vollzug der Ausverkaufsvorschriften 139
7. Kapitel: Die strafrechtlichen Sanktionen 143
8. Kapitel: Massnahmen des Verwaltungszwangs, insbesondere die vorübergehende Schliessung des Geschäftes 155
9. Kapitel: Kontrollmassnahmen 160
10. Kapitel: Die Ausverkaufsabgaben 164

4. Abschnitt: Der Rechtsschutz im Ausverkaufswesen 177
11. Kapitel: Die kantonalen Rechtsmittel 177
12. Kapitel: Die eidgenössischen Rechtsmittel 179
Anlage 1: Bundesrechtliche Bestimmungen über das Ausverkaufswesen 189
Anlage 2: Kantonale Erlasse über das Ausverkaufswesen 189

Autorenverzeichnis

Baumbach, Adolf: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 6. Aufl., München/Berlin 1951 (zit. Baumbach, Kom.).

— Nachtrag (zu: Das gesamte Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Berlin 1931) Zugabewesen — Ausverkaufswesen — Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, Berlin 1932 (zit. Baumbach, Nachtrag).

Bietenholz, Walter: Der unlautere Wettbewerb, Zürich 1946.

Blanc, Charles: Das Ausverkaufswesen in der Schweiz, Biel 1927.

Bundesmann, Heinz: Die gesetzliche Regelung des Zugabe- und Ausverkaufswesens, Diss. Leipzig 1935.

Büren, René von: Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1945.

Burckhardt, Walter: Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931 (zit. Burckhardt, Kom.).

— Schweizerisches Bundesrecht (Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrats und der Bundesversammlung) 5 Bde., 1930/31 (zit. Burckhardt BR).

Castelberg, Carlo von: Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Diss. Zürich 1948.

Clad, Clovis: Der Ausverkauf, geschichtliche Entwicklung und systematische Darstellung seiner Regelung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Diss. Leipzig 1913.

Dufner, Alfred: Der Ausverkauf in dem Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Diss. Freiburg i. B. 1909.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Zürich 1939 (zit. Fleiner, Inst.).

— /Giacometti, Zaccaria: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (zit. Giacometti BStR).

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I (Allg. Teil), München/Berlin 1950.

Frey, Hugo Albert: Der Ausverkauf im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1935.

Germann, Oskar Adolf: Concurrence déloyale, Zürich 1945 (zit. Germann, Kom.).

— Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht, in: ZBJV 72 (1936) 49 ff (zit. Germann, Rechtsfindung).

— Vorschläge zur bundesrechtlichen Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen, Basel 1936; auch in: ZSR 55 (1936) 182 ff (zit. Germann, Vorschläge).

— Richtlinien für eine bundesrechtliche Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen, Gutachten (Maschinenschrift), Bern 1935 (zit. Germann, Richtlinien).

— Verfassungsrechtliche Schranken der Gesetzgebung über das Ausverkaufswesen, in: SJZ 32 (1935/36) 337 ff, 353 ff (zit. Germann, Schranken).

— Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung, Basel 1927 (zit. Germann, Vorarbeiten).

Giacometti, Zaccaria: Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, in: Freiheit des Bürgers 175 ff (zit. Giacometti HGF).

Giger, Hans: Der Vollzug der eidgenössischen und kantonalen Vorschriften über Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe, in: ZBl 50 (1949) 229 ff, 253 ff, 285 ff.
Grünpeter, Franz: Die Regelung des Ausverkaufswesens unter besonderer Berücksichtigung einer zukünftigen eidgenössischen Verordnung, Diss. Bern 1934.
Haeusler, Gustav: Der Ausverkauf in dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1909, Diss. Heidelberg 1913.
Hartmann, Martin Theodor: Die strafbaren Handlungen bezüglich des Ausverkaufswesens, Diss. Erlangen 1934.
Hindermann, Walter E.: Die Ausverkaufs-Ordnung in der Schweiz, Zürich 1951.
Holzapfel, Hans: Die zivilrechtliche Bedeutung der Schnellverkäufe im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Diss. Köln 1935.
Holzinger, Fritz: Die Zulässigkeit von Wettbewerbshandlungen, Berlin 1931.
Homburger, Eric: Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung, Diss. Zürich 1948.
Huber, Hans: Grundrechte und Polizeigewalt, in: ZBl 53 (1952) 233 ff (zit. Huber, Grundrechte).
— Das Staatsrecht des Interventionismus. Betrachtungen über die neuen Wirtschaftsartikel, in: ZSR 70 (1951) 173 ff (zit. Huber, Interventionismus).
— Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in: ZSR 55 (1936) 1a ff (zit. Huber, Verfassungsrechte).
— Die Handels- und Gewerbefreiheit und ihre heutige Bedeutung, St. Gallen 1933 (zit. Huber HGF).
Krüger, Herbert: Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche (Festschrift f. Rud. Smend), Göttingen 1952, 211 ff.
Landmann/Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung, 2 Bde., 10. Aufl., München/Berlin 1952, 1953 (zit. Landmann, Kom. I, II).
Marti, Hans: Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950 (zit. Marti HGF).
Mewes, Erich: Das Recht der Sonderverkaufsveranstaltungen, Diss. Köln 1936.
Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949.
Petzall, Fritz: Ausverkaufswesen und Sonderveranstaltungen, Diss. Handels-Hochschule Berlin 1934.
Reimer, Eduard: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., Berlin 1951.
Rottenstein, Paul: Unlauterer Wettbewerb bei Ausverkäufen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung, Diss. Jena 1919.
Ruck, Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht I (Allgemeiner Teil), 3. Aufl., Zürich 1951.
Siehr, Heinrich: Wettbewerbsstrafrecht, Diss. Hamburg 1939.
Steckhan, Willy: Ausverkauf und ausverkaufsähnliche Veranstaltungen nach deutschem Recht, Diss. Göttingen 1927.
Turegg, Kurt Egon von: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin 1950.
Volk, Otto: Der Strafrechtsschutz bei Ausverkäufen, Diss. Erlangen 1932.
Wassermann, Rudolf: Der Ausverkauf als Selbstzweck, in MuW 31 (1931) 421 f.
Weisbart: Der Begriff des Ausverkaufs, in: Juristische Wochenschrift 61 (1932) 699 f.
Wydler, Hans A. E.: Unlauterer Wettbewerb bei Ausverkäufen und ähnlichen Veranstaltungen, Winterthur 1957.

Materialien

Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung. Gutachten von Oskar Adolf Germann, Basel 1927.

Richtlinien für eine bundesrechtliche Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen. Gutachten von Oskar Adolf Germann, Bern 1935.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines BG über den unerlaubten Wettbewerb, vom 11. 6. 1934, in: BBl 86 (1934) II 513 ff (zit. Botschaft I).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines BG über den unlauteren Wettbewerb, vom 3. 11. 1942, in: BBl 94 (1942) 665 ff (zit. Botschaft II).

Parlamentarische Beratungen

Sten Bull 1934 StR 320/21, 323, 327/28, 332, 379 - 383.

Sten Bull 1935 NR 359 - 361.

Sten Bull 1943 StR 23, 26, 77 - 80, 83 - 87, 220 f.

Sten Bull 1943 NR 110/111, 161 - 164.

Entwürfe der Bundesbehörden und Beratungen der Expertenkommission (unveröffentlicht)

Ausverkaufsordnung. Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf des EVD, vom 17. 9. 1946 (zit. EVD Entwurf).

Vorentwürfe des BIGA vom 6. 3./22. 5. 1946.

Entwurf des BIGA gemäss synoptischer Übersicht, vom 31. 1. 1947.

Entwurf des BIGA (Neue Abänderungsvorschläge) vom 5. 2. 1947.

Vernehmlassungen zum Entwurf des EVD vom 17. 9. 1946 sowie Stellungsnahme und Anträge des BIGA, vom 6., 10. und 28. 1. 1947 (zit. BIGA Vern.).

Protokolle der Expertenkommission von den Sitzungen am 24. 6. 1946; 5./6. 7. 1946; 22. 7. 1946; 12./13. 9. 1946; 6./7. 2. 1947 (zit. Exp. Prot. I; II; III; IV; V).

Kreisschreiben des EVD an die Kantonsregierungen betreffend die Ausverkaufsordnung, vom 16. 4. 1947, in: BBl 99 (1947) II 73 ff. (zit. EVD Erläut.).

Kreisschreiben des BIGA an die für das Ausverkaufswesen zuständigen kantonalen Departemente, vom 14. 9. 1951 (zit. Kreisschreiben II).

Periodika und Festschriften

Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht. Festgabe zur Jahrhundertfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948 (zit. Freiheit des Bürgers).

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift des deutschen Verein zum Schutze des gewerblichen Eigentums, Berlin 1896 und ff (zit. GRUR).

Juristische Wochenschrift, Berlin.

Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschrift für gewerblichen Rechtsschutz (zit. MuW).

La propriété industrielle, Revue mensuelle du Bureau International de l'union pour la protection de la propriété industrielle, Berne 1885 et ss (zit. Prop. ind.).

Der Schuhhandel, Organ des schweiz. Schuhhändler-Verbandes, Zürich.

Schweizerische Gewerbe-Zeitung, Offizielles Zentralblatt des Schweiz. Gewerbeverbandes, Bern (zit. SGZ).

Schweiz. Konsum-Verein, Organ des Verbandes Schweiz. Konsumvereine (V. S. K.), Basel (zit. Konsumverein).

Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, Bern (zit. VEB).

Abkürzungen und Zitierweise

A.	Auflage (édition)
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft
AVO	Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen (Ausverkaufsordnung) vom 16. 4. 1947
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichtes
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
Botschaft I	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines BG über den unerlaubten Wettbewerb, vom 11. 6. 1934
Botschaft II	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, vom 3. 11. 1942
BStP	BG über die Bundesstrafrechtspflege, vom 15. 6. 1934
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. 5. 1874
Diss.	Dissertation (thèse)
DUWG	Deutsches Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. 5. 1896/ 7. 6. 1909
E	Erwägung
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EVD Entwurf	Ausverkaufsordnung Entwurf des EVD vom 17. 9. 1946
EVD Erläut.	Kreisschreiben des EVD an die Kantonsregierungen betreffend die Ausverkaufsordnung, vom 16. 4. 1947
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
Kom.	Kommentar
N	Note
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. 12. 1943
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. 3. 1911/18. 12. 1936
RG	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RGSt	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
Sten Bull	Amtliches stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. 12. 1937
StR	Ständerat
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. 9. 1943

V (VO)	Verordnung
VV (VVO)	Vollziehungsverordnung
Vw (VwR)	Verwaltung (-srecht)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel) (Die Bandnummern beziehen sich stets auf die neue Folge)

Das Autorenverzeichnis enthält nicht alle, im Text verwendeten Zitate.

Kommentare werden in der Regel nach den entsprechenden Gesetzesartikeln zitiert. „N" bedeutet bei Kommentaren die entsprechende Ziffer, bei allen übrigen Schriften die Anmerkung (Fussnote).

Bei Dissertationen bezieht sich die Ortsangabe nicht wie üblich auf den Druckort, sondern auf die Universität.

Bei Zeitschriften und Sammlungen entspricht die erste arabische Zahl der Nummer der Bandfolge, die letzte der Seitenzahl. Dazwischen ist bei Zeitschriften die entsprechende Jahreszahl in Klammern angeführt, bei Sammlungen, wenn ein Jahrgang mehrere Bände umfasst, die Bandzahl in römischen Ziffern.

Bei Gesetzen, die abgekürzt zitiert werden, entspricht die erste arabische Zahl der Artikelzahl, die folgende der Zahl des Absatzes; enthält der Gesetzesartikel Ziffern, so werden diese in römischen Ziffern angegeben. Ein kleiner Buchstabe gibt die litera an, so dass z. B. AVO 1.2a bedeutet: AVO Art. 1 Abs. 2 lit. a.

EINLEITUNG

1. Kapitel:

Die wirtschaftliche Bedeutung der Ausverkäufe

Der Ausverkauf ist eine Erscheinung des Wirtschaftslebens. Seinen Bedürfnissen muss jeder Gesetzgeber, der den Ausverkauf ordnen will, Rechnung tragen; dabei muss er auch zwischen gegensätzlichen Interessen gerecht und zweckmässig entscheiden. — Da eine richtige Bewertung der gesetzlichen Ausverkaufsregelung ohne Kenntnis der wirtschaftlichen Natur des Ausverkaufs nicht möglich ist, folgt gleich einleitend eine Untersuchung der wirtschaftlichen Bedeutung der Ausverkäufe.

I. Allgemeines

Bestimmte Ereignisse und Situationen wie Kränklichkeit des Betriebsinhabers, übermässige Konkurrenz usw. können den Kaufmann zwingen, seine Waren in aussergewöhnlicher Art und Weise abzusetzen: Er kann sich nicht mehr mit der normalen Nachfrage seines Kundenkreises begnügen. Mit den Mitteln der Reklame sucht er seinen Warenumsatz in erheblichem Masse zu steigern. Zu diesem Zweck rückt er von seiner üblichen Kalkulation nach Einkaufspreis, Ladenmiete, anderen Betriebskosten und Gewinn ab und senkt seine Preise, oft ohne Berücksichtigung des massgeblichen Marktpreises oder des wachsenden Umsatzes, auf einen Preisansatz herab, der für ihn im äussersten Fall einen Verlust bedeuten kann. — Diese aussergewöhnliche Verkaufsart bezeichnet man als Ausverkaufen im weitesten wirtschaftlichen Sinn; es handelt sich um *„eine während einer bestimmten Zeitdauer beschleunigte Warenveräusserung zu herabgesetzten Preisen bei erhöhter Reklametätigkeit“* [1].

Aus dem besonderen Charakter des Ausverkaufs ergibt sich im betreffenden Sektor naturnotwendig eine Beunruhigung des ordentlichen Wirtschaftslebens und namentlich der Konkurrenten. Diese im

1) *Frey* 9; ähnlich *Dufner* 6.

Wesen der Veranstaltung gelegenen Störungen des Gleichgewichtes auf dem Markt und unter den Konkurrenten einerseits sowie Ausschreitungen und grobe Verstösse gegen Treu und Glauben anderseits haben in der Öffentlichkeit und in den interessierten Wirtschaftskreisen zu lebhaften Erörterungen für und gegen die wirtschaftliche Berechtigung der Ausverkäufe geführt. Untersuchen wir aber die Struktur unserer heutigen Wirtschaftsordnung, so kommen wir zum Resultat, dass der Ausverkauf, gerade im Detailhandel, eine wirtschaftliche Notwendigkeit geworden ist. — Trotzdem auch Fabrikanten und Grossisten gelegentlich ausverkaufen, beschränken wir uns im folgenden auf eine Schilderung der wirtschaftlichen Lage im Einzelhandel, aus der wir Grundlagen und Voraussetzungen ersehen können, die zum Ausverkauf führen.

II. Grundlagen des Ausverkaufs in der Wirtschaft selber

Im geschäftlichen Wettbewerb des Einzelhandels messen sich Warenhäuser, Konsumgenossenschaften, Spezialgeschäfte des mittelständischen Detailhandels sowie Kleingewerbler um die Gunst des letzten Verbrauchers ihrer Sachleistungen. Der Kampf unter- und gegeneinander wird mit äusserstem Kraftaufwand ausgetragen. Wer seine Leistung nicht bis zu einer gewissen Höchstgrenze steigern kann oder wer anderseits durch ein Übermass seine Kräfte vorzeitig erschöpft, wird auf die Dauer aus dem Wettbewerb ausgeschaltet und zum Ruin gebracht.

Der wirtschaftliche Ausgangspunkt im Kampf der Konkurrenten ist verschieden: Dem Erfordernis nach einem grossen Warenlager mit billiger Verbrauchsware werden die Warenhäuser und Konsumgenossenschaften im allgemeinen besser gerecht als die übrigen Einzelhändler; durch kluge Kalkulation und geschickte Anpassung an die jeweilige Marktlage sind jene imstande, den Warenumsatz zu steigern und ihre Warenlager immer auf der Höhe der Käuferansprüche zu halten. Demgegenüber sind die kleineren Betriebe des Einzelhandels, oft durch eigenes Unvermögen, in der unangenehmen Lage, zu wenig flüssige Geldmittel zu besitzen, um ihr Warenlager aufzufrischen. Ungenügende Kalkulationsmethoden und Anpassungsfähigkeit suchen sie durch persönliche Behandlung ihrer Kundschaft auszugleichen; mit kurzsichtigem Kreditgewähren verringern sie die eigene Kaufkraft, so dass sie zu ihrer alten Ware keine neue hinzukaufen können

oder sie selber auf Kredit beziehen müssen; dies wiederum zwingt sie zu einer Preiserhöhung, was oft den Verlust ihrer ständigen Kundschaft bedeuet [2].

Ohne Geldmittel können die kleineren Betriebe des Detailhandels aber auch dem ausserordentlich wichtigen Erfordernis der Reklame nicht nachkommen. Hierin zeigen sich ihre Konkurrenten als Meister des Faches: Warenhäuser und Konsumgenossenschaften lassen sich tüchtige Schaufensterdekorateure, grosse Zeitungsinserate, Prospekte u. a. etwas kosten; zudem können sie sich neben der Wort- auch eine weitergehende Wertreklame als die Kleingewerbler leisten, indem sie, besonders während den Ausverkaufszeiten, allerlei kleine Vergünstigungen wie Kinderballons, motorisierten Kundendienst usw. gewähren [3].

Mit dem Mittel der Reklame lässt sich auch leichter denjenigen Gegebenheiten und Gefahren entgegentreten, denen jeder Kaufmann unterworfen ist: Der Unstabilität der Marktlage mit Preishausse und -sturz, die sich teilweise aus der unsicheren Weltsituation ergibt, wie auch den Launen der Witterung und der Konsumenten. Gerade der Modewechsel hat sich in neuerer Zeit ungemein beschleunigt und die Mode hat sich auf neue Lebensgebiete ausgedehnt. Die Ursachen sind u. a. im ständigen Wandel von Stil und Geschmack, in den grösseren Ansprüchen der Verbraucher, im Fortschritt der Technik und der dadurch bedingten Änderung der Herstellungsmethoden zu suchen [4]. So sind Waren, die man früher als reine Gebrauchsgüter solid und dauerhaft hergestellt hat, heute, wie zum Beispiel die Schuhe, zu Modeartikeln geworden. Auch an Verkaufsgüter mit ganz anderer Verwendung und zum Teil bedeutend längerer Lebensdauer, wie Haushaltungsgegenstände, Glas, Heizungs- und Beleuchtungskörper, Schmucksachen usw. werden heute vermehrte Ansprüche praktikabler oder ästhetischer Art gestellt. Solche Umstände zwingen die Industrie zu rationeller Betriebsorganisation, praktischer Verwertung aller neuesten Erfindungen sowie rascher und billiger Fabrikation; damit unterwerfen sich aber die Hersteller ihrerseits den Launen von Witterung und Konsumenten, und müssen, wie die Einzelhändler, für den Absatz modischer Restbestände Vorsorge treffen.

---

2) *Faes* Maurice, Le commerce de détail en Suisse, Lausanne 1944 85 f. 90.
3) *Dufner* 11 ff.
4) Ausführlich *Petzall* 78 ff, mit verschiedenen interessanten Belegen.

Diese Kurzlebigkeit der Waren, Kalkulationsschwierigkeiten, die Überproduktion an Bedarfsartikeln, die wirtschaftlich ungünstigen Zeiten, wo der Konsument instinktiv mit seinen Einkäufen zurückhält, alle diese Unsicherheitsfaktoren zwingen den Kaufmann im wirtschaftlichen Wettbewerb zum Kampf um die beschränkte Kaufkraft seiner Kunden. Bringt er die Kampfmittel, wie Geld und Reklame nicht auf und kann er sich den gegebenen Marktverhältnissen zu wenig anpassen, so bleibt ihm im äussersten Falle oft nur das Mittel des Ausverkaufs, um sich ohne, oder mindestens ohne grosse, Verluste von den Verpflichtungen seines Geschäftes zu befreien. Ist er sich dagegen seiner kritischen Situation beizeiten bewusst, so braucht er sein Geschäft nicht aufzugeben, sondern er kann sich mit einer ausverkaufsähnlichen Veranstaltung über die augenblicklichen Schwierigkeiten hinwegretten.

III. Die wirtschaftlichen Formen der Ausverkäufe

Wie eben angedeutet, können die Ausverkäufe einen doppelten betriebswirtschaftlichen Zweck erfüllen: Den der *Räumung* und den der *Belebung*. Unter Räumung im engsten Sinne des Wortes verstehen wir das Zuendeverkaufen aller oder bestimmter Warenbestände. Demgegenüber besteht die Belebung ihrem Wortsinne nach in der besonderen Belebung der ordentlichen Verkaufstätigkeit zu bestimmter Zeit, teils um demodierte Ware abzustossen, um damit Platz und Geld für neue Waren zu gewinnen, teils um die stille Geschäftszeit umsatzsteigernd zu überbrücken.

1. Ursachen und Veranlassung, die zu einem *Räumungsverkauf* führen, können verschieden sein. Sie können in der Person des Kaufmanns liegen, z. B. Kränklichkeit, Tod, berufliche Unfähigkeit, in äusseren Umständen, wie Elementarschäden, Notwendigkeit einer betrieblichen Neuorganisation, Umbau, Umzug, oder in anderen, rein wirtschaftlichen Verhältnissen, wie übermässige Konkurrenz, marktpolitische Depression usw., enthalten sein. Wäre der Kaufmann unter diesen Umständen gezwungen, sein Warenlager oder eine Verkaufsabteilung in geschäftsüblicher Form zu räumen, so müsste er gewärtigen, dass das Kaufinteresse der Kundschaft mit dem Kleinerwerden der Auswahl abnehmen würde, und dass er wegen den unverändert laufenden Fixkosten zu erheblichen Verlusten käme. Mit Hilfe der

Ausverkaufsreklame dagegen kann der Kaufmann das Publikum auf seine bevorstehende Aufgabe der Waren aufmerksam machen und sich mittels herabgesetzter Preise die beschleunigte und gleichmässige Räumung aller oder eines bestimmten Teils seiner Ware sichern. Dem Umfang der Räumung nach unterscheidet man zwischen *Total- und Teilausverkäufen.* Ihrer wirtschaftlichen Form nach sind sie sich gleich. Folge des Total- wie des Teilausverkaufes ist, neben dem unvermeidlichen Restbestand von Waren, das Freiwerden persönlicher und kapitaler Kräfte des Kaufmanns.

2. Im Gegensatz zum Räumungsverkauf, wo sich der Kaufmann, wenn auch gelegentlich nur vorübergehend, aus dem Konkurrenzkampf zurückziehen muss, besteht der *Belebungsverkauf* im wirksamen Mittel des Kaufmanns, den geschäftlichen Wettbewerb erfolgreich weiterzuführen.

a) Zu gewissen Zeiten, wie nach Weihnacht und Neujahr, erlahmen Kaufkraft und -lust der Konsumenten. Während diesen stillen Geschäftsperioden, wo die Fixkosten des Kaufmanns normal andauern, hat dieser das Bedürfnis, seinen Geschäftsgang durch die sog. *Ausnahmeverkäufe* zu beleben. In sorgfältig bereitgestellten und auffällig bezeichneten Warenbeständen werden neben durchaus gangbaren und preiswerten auch verschiedene Artikel zu ermässigten Preisen oder sonstigen Vergünstigungen angeboten. Wort- und Wertreklame, in- und ausserhalb der Geschäftsräume, weisen auf die ausserordentlichen, sonst nicht gewährten Vorteile hin; ebenso wird auf die reiche Auswahl aufmerksam gemacht, dabei aber die ständige Warenergänzung verschwiegen [5]. Besonderen Anlässen und Gelegenheiten Rechnung tragend, wird den ‚erhöhten Bedürfnissen' des Publikums in „Weihnachts"-, „Konfirmations"- und anderen Tagen oder Wochen entgegengekommen. Insgeheim hofft der Kaufmann zu solchen Ausnahmezeiten auch den Absatz der übrigen, zu normalen Preisen verkäuflichen Waren zu steigern; dieser Wunsch dürfte namentlich bei den Warenhäusern in Erfüllung gehen. Es sei in diesem Zusammenhang zugegeben, dass gerade diese Art der Belebungsverkäufe der Organisation und Betriebspolitik der Warenhäuser am besten entspricht, denn die verschiedensten Warengattungen ermöglichen verschiedene Sonderveranstaltungen abwechslungsweise anzusetzen, wie etwa „Serientage", „Geschirr"-, „Schürzenmesse" [6]. Der Erfolg solcher

5) *Petzall* 80/81.
6) *Haeusler* 17.

Veranstaltungen hängt vornehmlich von der Durchschlagskraft der Reklame ab.

b) In ihrer wirtschaftlichen Notwendigkeit zwingender als die eben geschilderte Veranstaltung ist die andere Erscheinungsform der Belebungsverkäufe, die der *Saison- und Inventurverkäufe*. Darunter versteht man allgemein das Veräussern bestimmter Warenbestände auf Saisonschluss oder anlässlich von Bestandesaufnahmen. Bezeichnenderweise nennt man sie „Ausverkäufe"; einmal deswegen, weil mit ihnen ein bestimmter Warenbestand geräumt werden soll und sie deshalb, dem Umfang der zu räumenden Warenmenge nach, den Teilausverkäufen gleichgestellt werden können; zudem wirkt auch der Umstand mit, dass die wirtschaftliche Notlage des Kaufmanns, unmodern gewordene Waren verbilligt abstossen zu müssen, den Konsumenten bekannt sein kann. Diese verbreitete Auffassung im Publikum hat denn auch den Gesetzgeber bewogen, die Saisonschlussverkäufe weiterhin als Ausverkäufe zu behandeln, trotzdem, rein wirtschaftlich gesehen, bei diesen Verkäufen vom Kaufmann nicht geräumt, sondern nur veräussert wird, um neue Waren anschaffen zu können.

Die wirtschaftlichen Voraussetzungen für einen Saison- oder Inventurausverkauf sind verschieden. Wie gesagt, kann der Kaufmann durch ungeschickte Geschäftsführung in eine wirtschaftliche Notlage geraten. Erschwerend wirkt sich diese noch dadurch aus, dass seine Handelsware leichter Verderblichkeit oder dem Modewechsel unterworfen ist. Es liegt dann in seinem ureigensten Interesse, überaltete, beschädigte, unmoderne Waren oder solche, die es in Kürze werden müssen, beschleunigt abzusetzen, teils um Platz und Geld für neue Waren zu beschaffen, teils um auch den Umsatz normal verkäuflicher Waren zu steigern, und damit zahlungs- und konkurrenzfähig zu bleiben [7].

Allerdings werden die Saison- und Inventurausverkäufe in letzter Zeit ihrem ursprünglichen wirtschaftlichen Zweck — den Absatz demodierter Ware auf das Saisonende zu gewährleisten — entfremdet. Das kommt daher, dass sich die Verbraucherschaft immer mehr darauf einstellt, ihren Bedarf ausschliesslich im „Ausverkauf" zu decken. Selbstverständlich haben die Gewerbetreibenden sich dieser neuen Situation angepasst und sie auch auszunützen verstanden, so dass die

---

7) Vgl. *Petzall* 78/79, 85 ff.

Saisonschlussverkäufe im Detailhandel zu den grössten Einnahmequellen des Jahres, zum „Jahrmarkt des Kaufmannes" geworden sind [8].

2. Kapitel:

Geschichtliches

I. Im Allgemeinen

1. War früher ein Gewerbetreibender zur Geschäftsaufgabe gezwungen, so hatte er in der Regel seinen ganzen Gewerbebetrieb mit dem dazugehörigen Kundenkreis seinem Nachfolger übertragen. Die heutige Form des Räumungsverkaufes, das Ausverkaufen der Ware an das Publikum, war damals im sesshaften Gewerbe noch nicht oder fast nicht bekannt. Dagegen sah man von altersher Händler mit zum Teil grossen Warenvorräten im Land herumziehen und ihre billig zusammengekauften Waren als preis- und kaufenswert anpreisen; sie entwickelten dabei Geschäftsmethoden, mit denen sie die Unkenntnis des kaufenden Publikums auszunutzen verstanden, und damit dieses wie das sesshafte Gewerbe schädigten.

Als sich der geschäftliche Wettbewerb mit der Liberalisierung des Handels zu Beginn des letzten Jahrhunderts zusehends verschärfte, waren verschiedene Kaufleute dem Konkurrenzkampf nicht mehr gewachsen und deshalb zur Geschäftsaufgabe gezwungen; sie liquidierten ihre Geschäfte in der Form der heutigen Totalausverkäufe. Mit dem Aufkommen der Ausverkäufe setzten auch bald unsaubere *Machenschaften im Ausverkaufswesen* ein. Gewisse Kaufleute hatten nämlich herausgefunden, dass der Ausverkauf nicht nur ein Mittel zur Geschäftsaufgabe ist, sondern dass er sich ebenso gut als Werbemittel im Konkurrenzkampf verwenden lässt. Da das Publikum mit jeder Ausverkaufsveranstaltung regelmässig die Vorstellung besonders günstiger Einkaufsgelegenheit verband, musste man ihm mittels Reklame nur eine glaubwürdige Zwangslage wie Todesfall, Krankheit, vorbringen, welche eine rasche Räumung sämtlicher Waren zu Schleuderpreisen notwendig machte. So kam es, dass diese Geschäftsleute Ramschwaren zusammenkauften und gleich wie die Wandergewerbler

8) Vgl. SGZ 68 (1952/16. Febr.) N 7.

in Permanenz „Konkursausverkäufe" veranstalteten. Die Reklame nahm die heute gebräuchlichen Formen an; ja, man schreckte nicht vor Takt- und Geschmacklosigkeiten zurück [1].

Diese Missstände riefen nach Abhilfe. Auf dem Wege der *Selbsthilfe* schlossen sich einige Kaufleute, die noch etwas auf ehrliche Geschäftsprinzipien hielten, örtlich zusammen und verpflichteten sich gegenseitig, auf gewisse irreführende Wendungen in der Ausverkaufsreklame zu verzichten und bestimmte Veranstaltungen nur an den festgelegten Zeitpunkten durchzuführen [2, 3]; zugleich sagten sie den Schwindelfirmen den Kampf an, indem sie in aller Öffentlichkeit deren Machenschaften geisselten. Die Betroffenen taten das Vorgehen der Selbsthilfeorganisationen als Ausfluss des Konkurrenzneides ab. Die Bemühungen, gesunde Verhältnisse im Ausverkaufswesen zu schaffen, waren gerade der Aussenseiter wegen zum Scheitern verurteilt. Bald setzte sich die Erkenntnis durch, dass allein gesetzliche Vorschriften mit entsprechenden Sanktionen Abhilfe schaffen konnten.

II. Die Regelung im Ausland

Das schweizerische Recht, namentlich die Gesetzgebung der Kantone, hat bei der Regelung des Ausverkaufswesens eine beachtliche Selbständigkeit gegenüber den gleichgerichteten Bestrebungen des Auslands bewiesen. Wir könnten also auf die Darstellung des ausländischen Rechts verzichten. Wenn wir den Versuch trotzdem unternehmen, so deshalb, um aus den Erfahrungen und den zum Teil missglückten Regelungsversuchen des Auslandes die richtigen Schlüsse zu ziehen. — Zur Illustration folgt zunächst die Entwicklung der Gesetzgebung unserer Nachbarländer Deutschland und Frankreich; anschliessend wird eine, nach materiellen Gesichtspunkten geordnete, Zusammenfassung der geltenden Vorschriften verschiedener europäischer Staaten gegeben.

---

1) Vgl. Beispiele bei *Frey* 15 N 2 und *Petzall* 1 N 1. Allgemeines vgl. *Clad* 4 ff, *Frey* 14 ff, *Grünpeter* 12 f, *Petzall* 1 f.

2) Neben den Bestrebungen in Deutschland (vgl. *Petzall* 118 ff) und Frankreich (vgl. *Ripert* Georges, Traité élémentaire de droit commercial, Paris 1951, 178 N 428 f, Prop.ind. 60 [1944] 115 f) sind vor allem die diesbezügl. Versuche in Genf und Zürich erwähnenswert; vgl. *Germann*, Vorarbeiten 33/34 N 32 und *Frey* 15.

3) Zur Frage, ob es sich bei derartigen Vereinbarungen um Kartellverträge handelt, vgl. *Petzall* 120 f.

1. a) Verhältnismässig spät wurden in *Deutschland* einheitliche Bestimmungen über das Ausverkaufswesen erlassen. Zwar konnten bereits nach dem § 1 des DUWG vom 26. Mai 1896 [4] schwindelhafte Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen unterbunden werden, wenn in der Art der Ankündigung eine irreführende Angabe lag. Doch liess sich mit diesem Paragraphen die grosse Mehrzahl der Auswüchse nicht erfassen. Erst das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 brachte umwälzende Neuerungen: Im Gegensatz zum französischen Recht, wo eine Bewilligungspflicht aufgestellt wurde, statuierte DUWG 7 eine *Anzeigepflicht*. Der Gesetzgeber ging dabei von der tatsächlichen Überlegung aus, dass ein Ausverkauf nur durch seine Ankündigung wirtschaftlichen Erfolg haben kann und deshalb die Ausverkaufsreklame besonders streng reglementiert werden müsse. Nach den §§ 7 und 9 hatte der Veranstalter den Ausverkaufsgrund anzugeben. Die höheren Verwaltungsbehörden konnten für bestimmte Arten von Ausverkäufen die Einreichung eines Warenverzeichnisses und die Anzeige über den Beginn anordnen; zudem bestanden ein Vor- und Nachschiebeverbot (§ 8) und harte Strafbestimmungen (§ 10) [5]. Dem Überhandnehmen von Sonderveranstaltungen steuerte die Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz der Wirtschaft vom 9. März 1932 (Notverordnung), indem sie die zulässigen Ausverkäufe auf drei Arten, nämlich auf Veranstaltungen, die ihren Grund in der Aufgabe des gesamten Geschäftsbetriebs, des Geschäftsbetriebs einer Zweigniederlassung oder einer einzelnen Warengattung haben, beschränkte; neu ist die Sperrfrist von einem Jahr (DUWG 7.4) [6]. Die nachfolgenden Änderungen sind nur insofern von Bedeutung, als die Saison- und Inventurausverkäufe aus dem gesetzlichen Ausverkaufsbegriff ausgeschieden wurden und heute in der Bundesrepublik durch die Verordnung des Bundeswirtschaftsministers über Sommer- und Winterschlussverkäufe vom 13. Juli 1950 besonders geregelt sind [7].

b) *Frankreich,* das im Gegensatz zu Deutschland kein Wettbewerbsgesetz kennt [8], hat das Ausverkaufswesen im Zusammenhang

---

4) Der dem heutigen § 3 DUWG entspricht.
5) *Mewes* 7 ff, *Reimer* 454.
6) *Mewes* 20 ff, *Reimer* 454/55.
7) Zit. bei *Baumbach,* Komm. 243 f.
8) Die zivilrechtl. Haftung aus unlauterem Wettbewerb ist lediglich in den generell gefassten Art. 1382 und 1383 des Code civil begründet.

mit der straf- und verwaltungsrechtlichen Regelung der Versteigerungen geordnet.

Als der französische Gesetzgeber im Jahre 1841 zum Fragenkomplex der Sonderveranstaltungen Stellung zu nehmen hatte, liess er sich von der gewerbepolitischen Überlegung leiten, dass öffentlich angekündigte Sonderverkaufsveranstaltungen wie Versteigerungen, Rabatt- und Reklameverkäufe, regelmässig zu einer Beunruhigung der ordentlichen Marktlage führten, und er verbot deshalb, unter Androhung der Warenkonfiskation und empfindlicher Geldbussen sämtliche derartige Detailverkäufe von neuer, noch ungebrauchter Ware [9]. Nicht unter dieses Verbot fielen u. a. die vom örtlichen Handelsgericht zu bewilligenden Veranstaltungen aus wichtigen Gründen wie Todesfall, Geschäftsaufgabe usw. (Art. 2.1 und 5), also die eigentlichen Ausverkäufe, sowie die Verkäufe leicht verderblicher Lebensmittel und geringwertiger Waren, die überdies von der Bewilligungspflicht ausgenommen wurden (Art. 2.2).

Eine besondere Ausgestaltung der behördlichen *Bewilligungspflicht* für Ausverkäufe brachte das neue Gesetz vom 30. Dez. 1906 über die ventes au déballage [10]. Als wesentliche Neuerung ist zu erwähnen, dass nicht mehr das, wahrscheinlich arbeitsüberlastete, Handelsgericht den Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung der Ausverkaufsbewilligungen zu fällen hatte, sondern der Bürgermeister des Ortes, wo die Veranstaltung durchgeführt werden sollte (Art. 1.1). — Im einzelnen hatte der Kaufmann mit dem Bewilligungsgesuch ein detailliertes Warenverzeichnis einzureichen, konnte zu Angaben über die Herkunft der Ausverkaufsware und über die voraussichtliche Dauer seiner Veranstaltung verpflichtet werden (Art. 1.2 und 3) und musste sich an das Warennachschubverbot halten (Art. 1.4). — Wie es sich in der Praxis nachträglich herausstellte, war die Wahl einer politischen anstelle einer richterlichen Bewilligungsbehörde ein gesetzgeberischer Missgriff gewesen: mangelnde Sachkenntnis der Bewilligungsbehörde in der Ausverkaufsfrage liess sich eben nicht durch das politische Ansehen des Ortsbürgermeisters ersetzen, besonders wenn es

9) Vgl. Art. 1 („Sont interdites les ventes au détail de marchandises neuves à cri public, soit aux enchères, soit au rabais soit à prix fixe proclamé, avec ou sans l'assistance des officiers ministériels") sowie Art. 7 und 8 der „loi du 25 juin 1841 sur les ventes aux enchères de marchandises neuves", zit. in: Bulletin des Lois 1841, vol. 1, 885 ff. — Zur Wendung „marchandises neuves" vgl. *Dalloz*, Nouveau répertoir du droit, Paris 1950, tome 4, 766 N 2 ff.

10) Zit. in: Journal officiel 1907, vol. 1, 69.

galt, die etwas undeutlich gefassten Bestimmungen des gesetzlichen Geltungsbereichs auszulegen. Verschiedene Rekurse gegen Fehlentscheide in der Bewilligungspraxis [11] gaben den französischen Gerichten Gelegenheit zu grundsätzlichen Erörterungen über den Sinn des Gesetzes: Dieses bezwecke nicht nur den Schutz der ortsansässigen Kaufleute gegen die Konkurrenz des Wandergewerbes, sondern auch den Schutz des Käufers gegen unlauteres Geschäftsgebaren; die ratio legis ziele in erster Linie auf die Unterdrückung künstlich aufgezogener Verkäufe ab [12], weshalb sachlich gerechtfertigte Veranstaltungen wie z. B. die Saison- und Inventurausverkäufe, die dem Abstossen demodierter Waren dienten, nicht unterstellt noch bewilligungspflichtig erklärt werden dürften [13].

Diese richterlichen Grundsätze fanden zum grossen Teil im Abänderungsgesetz vom 21. Sept. 1943 [14] ihre Positivierung. Neben der dort erfolgten Neuordnung des strafrechtlichen Teils [15] ist namentlich die Bestimmung erwähnenswert, wonach ein Kaufmann, der nach Geschäftsaufnahme eine bewilligungspflichtige Veranstaltung durchführen will, seit mindestens zwei Jahren im Handelsregister eingetragen sein muss (Art. 1.3) [16]; damit will offensichtlich ein gewerbsmässiges Veranstalten von den die Marktlage beunruhigenden Verkäufen, worunter auch die ausverkaufsähnlichen Veranstaltungen fallen, verhindert werden [17].

2. Der *Überblick über die ausländische Gesetzgebung* beschränkt sich auf das besonderes Interesse bietende deutsche, französische, italienische und österreichische Recht sowie auf die Regelungen von Belgien, Holland und Dänemark [18].

---

11) Gewerblicherseits wurden namentlich die Unterstellung der sog. ventes de fin de saison beanstandet und gleichzeitig die damalige in dieser Beziehung unsichere Gerichtspraxis angegriffen; vgl. *Godinot* Henri, La concurrence déloyale ou illicite, Nancy 1932, 325/26 sowie Prop. ind. 51 (1935) 198.

12) *Dalloz* aaO 766 N 18, 767 N 23.

13) Bestätigt durch ein ministerielles Kreisschreiben vom 21. April 1925, vgl. *Dalloz* aaO 767 N 21 f.

14) Vgl. „Loi du 21 sept. 1943 modifiant la loi du 25 juin 1841 sur les ventes aux enchères de marchandises neuves, zit. in: Journal off. 1943 vol. 9-10, 2513.

15) Vgl. *Dalloz* aaO 766 N 19, 767 N 28.

16) Im Ergebnis kommt diese Bestimmung dem Art. 11 AVO über die Wartefrist gleich.

17) Dieser Gedanke ist in bezug auf die Versteigerungen in Art. 1.1 unmissverständlich niedergelegt: „Nul ne peut faire des enchères publiques un procédé habituel de l'exercice de son commerce".

18) Die Angaben wurden folgenden Werken entnommen, für *Deutschland:*

Das ausländische Recht unterscheidet mehr oder weniger deutlich zwischen Ausverkäufen aus besonderen Gründen, wie Todesfall, Geschäftsaufgabe usw. und periodischen Veranstaltungen auf Saisonschluss. — Für die erste Gruppe besteht eine Bewilligungspflicht in Frankreich, Italien, Österreich und Holland, während Deutschland und Dänemark nur eine Anzeigepflicht kennen. In Belgien sind die Geschäftsleute weder bewilligungspflichtig noch anzeigepflichtig. Für die periodischen Veranstaltungen besteht in keinem jener Staaten eine Bewilligungs- bzw. Anzeigepflicht; nur Österreich sieht eine Anzeigepflicht vor.

Zeitliche Beschränkungen kennt Österreich für Ausverkäufe aus besonderen Gründen, insbesondere eine dreijährige Wartefrist; Frankreich begnügt sich mit einer zweijährigen Wartefrist für die nämlichen Veranstaltungen. Belgien verlangt sowohl für die periodischen wie nichtperiodischen Ausverkäufe eine Wartefrist von einem Jahr; die Saisonschlussverkäufe sind kurz befristet. Deutschland gestattet jährlich zwei „Abschnittschlussverkäufe" mit einer Befristung von zwölf Werktagen, Österreich deren drei, mit je einer Höchstdauer von sechs Wochen. Italien kennt keine gesetzlich festgelegten zeitlichen Schranken der Veranstaltungen; doch kann die Bewilligungsbehörde dem Gesuchsteller eine angemessene Grenze festsetzen.

Das Warenschubverbot gilt in Italien und Holland für alle Veranstaltungen, in Deutschland, Frankreich und Österreich nur für Ausverkäufe aus besonderen Gründen. Belgien kennt kein Schubverbot, während Dänemark eine Inventareingabe verlangt. Überdies haben Deutschland und Österreich ein Geschäftseröffnungsverbot vorgesehen.

Wie das schweizerische, versuchen auch das deutsche, französische und österreichische Recht die Veranstaltung von Sonderverkäufen (wie „Serientage", „Geschirr"-, „Schürzenmesse" usw.) ausserhalb den gesetzlichen Ausverkaufszeiten zu verhindern; Deutschland (DWUG 9a) und Österreich lassen deren Durchführung nur „aus volkswirt-

---

(Baumbach, Kom. 233 ff, Jsay/Mettetal, Internationales Wettbewerbsrecht, Zürich-Leipzig 1937, 83 ff, Prop.ind. 51 [1935] 171 f, Reimer 455 ff), *Frankreich:* (Dalloz aaO 766 f, Godinot aaO 321 ff, Jsay aaO 117 ff, Prop.ind. 51 [1935] 198), *Italien:* (Salandra Vittorio, manuale di diritto commerciale, Bologna 1948, 100, Regio decreto 19 gennaio 1939, No. 294, Norme per la disciplina delle vendite straordinarie o di liquidazione), *Österreich:* (Jsay aaO 353 ff, Prop.ind. 51 [1935] 195, 64 [1948] 70, Stritzke Otto, Regelung des Ausverkaufswesens in Österreich, in: GRUR 39 [1934] 291 ff), *Belgien:* (Jsay aaO 41 ff, Prop.ind. 51 [1935] 198/99, 60 [1944] 64), *Holland:* (Jsay aaO 337 ff, Prop.ind. 51 [1935] 216 f), *Dänemark:* (Jsay aaO 69 ff, Prop.ind. 51 [1935] 195/96).

schaftlichen Gründen" zu, während sie in Frankreich, unter Vorbehalt bestimmter Ausnahmen, generell verboten ist.

III. Regelung und Praxis in der Schweiz

1. Um die Jahrhundertwende nahm man auch in der Schweiz den Kampf gegen die Auswüchse im Ausverkaufswesen auf. Ausverkaufsbestimmungen erliessen zunächst Baselstadt und Luzern; ihnen folgten, mit Ausnahme von Baselland, alle übrigen Kantone. Die einzelnen Vorschriften waren zum Teil in den Wettbewerbs-, Handelspolizei- oder Markt- und Hausiergesetzen zu finden [19].

Das kantonale Recht erfasste ursprünglich nur die eigentlichen Ausverkäufe, die man als ganze oder teilweise Räumung von Warenlagern innert kurzer Zeit bezeichnete. Im Laufe der Zeit gelangte man aber zur Einsicht, dass auch die ausverkaufsähnlichen Veranstaltungen geregelt werden müssen, wollte man den beabsichtigten Kampfzweck gegen die Auswüchse nicht illusorisch machen [20]. So wurden denn in den meisten Kantonen die Ausnahmeverkäufe den Räumungsverkäufen gleichgestellt, zum Teil allgemein oder durch Aufzählung einzelner Erscheinungsformen [21].

Sämtliche Kantone ausser Genf [22] haben für die Räumungsverkäufe und teilweise auch für die ähnlichen Veranstaltungen von Anfang an eine Bewilligungspflicht aufgestellt; diese bezog sich in der Regel sowohl auf die Ankündigung wie die Durchführung einer Veranstaltung, so dass ein Ausverkauf nicht eher angekündigt werden durfte als er bewilligt war [23]. So bemerkenswert im allgemeinen die rechtliche Ausgestaltung der Bewilligungspflicht war, so unbefriedigend war oft deren Handhabung; allzuviele Kantone sahen in der

19) Vgl. die systematische Zusammenstellung der älteren kantonalen Gesetzgebung bei *Grünpeter* 53 f, *Germann,* Schranken 337.

20) *Germann,* Vorschläge 9, Richtlinien 18 ff.

21) Auf die Regelung der Räumungsverkäufe beschränkten sich — bis zum Inkrafttreten der AVO — die Kantone Uri, Obwalden (nur Totalausverkäufe) und Baselstadt; vgl. Übersicht bei *Germann,* Vorschläge 9, Richtlinien 18 ff.

22) Das jedoch mit seiner Anzeigepflicht keine befriedigenden Erfahrungen gemacht hatte und bei der Revision von 1927 zur Bewilligungspflicht übergegangen ist; vgl. *Germann,* Vorschläge 16.

23) Zum Beispiel §§ 3 sowie 1 und 2 des zürcherischen Ausverkaufsgesetzes von 1911, bzw. 1917; siehe *Frey,* 18, 140, 86. — In diesem Zusammenhang seien auf die kantonalen Bestimmungen über den notwendigen und unzulässigen Inhalt der Ankündigung verwiesen: *Germann,* Vorschläge 29 ff.

Bewilligungspflicht lediglich ein geeignetes Mittel zur Befriedigung fiskalischer Interessen [24].

In allen kantonalen Gesetzen finden sich zeitliche Bestimmungen irgendwelcher Art, sei es für Beginn, Dauer oder Häufigkeit der Veranstaltungen [25] sowie sachliche Beschränkungen wie das Warenschubverbot und ähnliche Kontrollvorschriften [26].

2. Eine Übersicht über die *bundesgerichtliche Praxis* ist insofern wertvoll, als das Bundesgericht bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit kantonaler Ausverkaufsbestimmungen, Verwaltungsakte (über Gewährung oder Verweigerung von Ausverkaufsbewilligungen) oder Strafurteile Grundsätze entwickelt hat, die zum Teil noch heute, nach der Vereinheitlichung des Ausverkaufswesens, ihre Geltung haben. — Da die staatsrechtlichen Beschwerden in Ausverkaufssachen ausnahmslos Beschwerden wegen Verletzung der HGF waren [27], hatte das Bundesgericht das Verhältnis des kantonalen Wettbewerbspolizeirechts zu diesem Grundrecht zu untersuchen. Es ging dabei von der Überlegung aus, dass der Vorbehalt in alt BV 31.e nicht nur im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gesetzliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit zulasse, sondern überdies zum Zweck der Wahrung der Grundsätze von Treu und Glauben [28], und hiezu zählte es auch den Schutz der Konsumenten vor Übervorteilung und Ausbeutung [29], sowie Massnahmen gegen die den Konkurrenten nachteilige künstliche Steigerung der Kauflust [30]. Die kantonalen Beschränkungen des Ausverkaufswesens hatten sich also in diesem Rahmen zu halten, wenn sie vor der liberalen bundesgerichtlichen Kritik standhalten wollten. Umgekehrt legte das Bundesgericht Wert auf die Feststellung, dass der Ausverkauf an sich eine zulässige Form der gewerblichen Betätigung sei und ein Ausverkaufsverbot der HGF widerspreche: „Le Conseil d'Etat semble partir de l'idée erronée que les liquidations sont une forme de commerce interdite en soi et permise seulement sous certaines conditions. Tel n'est pas le cas. C'est

24) *Burckhardt*, Kom. 249, *Germann*, Vorarbeiten 40 und Vorschläge 17. — Immerhin wurde die Abgabenerhebung nach der Notwendigkeit der Veranstaltung abgestuft; vgl. *Germann*, Vorschläge 13 N 31 und *Blanc*, 14, 17.

25) Vgl. Zusammenstellung bei *Blanc*, 11 f, 15 f; *Germann*, Vorschläge 38 ff.

26) Vgl. *Germann*, Vorschläge 35 ff.

27) M. W. hatte das Bundesgericht in Ausverkaufssachen nie auf Klagen wegen unlauterem Wettbewerb bzw. unerlaubter Handlung einzutreten.

28) BGE 38 I 72 ff, 433, 42 I 263 ff, 48 I 286.

29) BGE 38 I 72 ff, 48 I 457, 52 I 289, 310. Vgl. auch 51 I 109.

30) BGE 42 I 266, 46 I 332, 48 I 286.

l'invers qui est vrai. Les liquidations jouissent en principe de la protection de l'Art. 31 Const.féd., qui garantit la liberté du commerce" [31].

Nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes ist die Bewilligungspflicht für Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen das mit BV 31 vereinbare Mittel zur Erreichung des polizeilichen Zweckes [32]. Zulässig sind ferner das Verbot des Warennachschubes [33] sowie zeitliche Bestimmungen [34]. Zur Durchsetzung kantonaler Ausverkaufsbestimmungen waren verschiedene verwaltungsrechtliche Mittel erlaubt [35] wie namentlich die Verweigerung oder der Entzug der erteilten Ausverkaufsbewilligung; nötigenfalls konnte sogar zum unmittelbaren Verwaltungszwang geschritten werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen und Schranken nicht eingehalten, wenn im Bewilligungsgesuch unwahre Angaben über Grund und Zweck des Ausverkaufs oder über andere wesentliche Tatsachen gemacht wurden oder sonst unlauteres Geschäftsgebaren erkennbar war [36].

Die behördliche Schliessung des Geschäftes nach Ablauf einer Bewilligung für den Totalausverkauf sowie das Verbot einer Weiterführung des Geschäftsbetriebes oder der Wiedereröffnung durch den früheren Geschäftsinhaber oder einen Mitbeteiligten oder einen Verwandten hat das Bundesgericht in konstanter Praxis als mit der HGF unvereinbar erklärt; solche Massnahmen liessen sich auch nicht mit der Begründung aufrechterhalten, dass sie sich auf ausdrückliche Gesetzesbestimmung (z. B. §§ 17 und 25 des Zuger Gesetzes über den unlaut. Wettbewerb vom 21. 8. 1930) stützten, zeitlich beschränkt seien und dass besonderen Fällen Rechnung getragen werde [37]. Sodann

---

31) BGE 54 I 11; ebenso 48 I 457.

32) Diese Rechtssprechung wurde bereits in BGE 42 I 24 als „feststehende Praxis" bezeichnet; folgend 42 I 263, 46 I 219, 332, 48 I 457, 52 I 310, 54 I 12 sowie nichtpubl. Urteile vom 30. 11. 1934 i. S. Amberg g. Grb. (E 1) und vom 2. 5. 1941 i. S. Warenhaus Jelmoli AG gegen Zürich (E 5).

33) BGE 48 I 459, 54 I 14.

34) Das Bundesger. hat sich in den veröffentl. Entscheiden nie spez. dazu geäussert. Vgl. immerhin BGE 52 I 318 E 3, b, wo die Bestimmung des Zeitpunktes und der Dauer von Saisonausverkäufen als vereinbar mit BV 31 bezeichnet wurde. Im nichtpubl. Urteil vom 24. 12. 1925 (vgl. St. Gallische Verwaltungspraxis II [1925] 417) hat das Bger. die Zulässigkeit des Verbots eines Teilausverkaufes zu bestimmter Zeit (Dez.) bejaht. — Vgl. auch diesbez. Praxis des Bundesrates bei *Germann*, Schranken 340 N 28.

35) BGE 42 I 24, 46 I 331, 52 I 310, 54 I 12.

36) BGE 42 I 25, 48 I 458 ff, 54 I 14, 55 I 69, 57 I 379.

37) BGE 57 I 376 ff i. S. Schuhhaus Löw AG g. Zug; ebenso 42 I 25, 48 I 459, 59 I 268.

durfte der Missbrauch einer Ausverkaufsbewilligung nicht mit verwaltungsrechtlichen Massnahmen geahndet werden; gegen solche und andere Unlauterkeiten habe der Strafrichter, namentlich mit Geldbussen, vorzugehen [38]. Die Frage, ob ein zeitweises Verbot des Weiterbetriebes als eine vom Richter auszufällende Nebenstrafe zulässig wäre, hat das Gericht offen gelassen [39].

Auf die bundesgerichtliche Praxis über die Erhebung von Ausverkaufsabgaben werden wir im zehnten Kapitel dieser Arbeit näher eintreten. Hier sei lediglich vermerkt, dass das Bundesgericht den Kantonen erlaubte, als Entgelt für ihre Umtriebe im Bewilligungsverfahren und bei der Kontrolle der Durchführung der Ausverkäufe Kanzlei- und Kontrollgebühren zu erheben. Zudem erklärte das Gericht die Erhebung von Sondergewerbesteuern auf Ausverkäufe als mit dem Grundsatz der HGF vereinbar; nur verlangte es, dass diese Abgaben keine Rechtsungleichheiten schafften und nicht prohibitiv seien [40].

Die grundsätzliche Frage der Vereinbarkeit gesetzlicher Bestimmungen über die Bewilligungspflicht für Ankündigungen auswärtiger Ausverkäufe mit BV 31 hat das Bundesgericht nicht eindeutig und für das kantonale Recht nicht zufriedenstellend gelöst [41]; immerhin hat es entschieden, dass eine solche Bewilligungspflicht jedenfalls dann unzulässig sei, wenn im Kanton, wo der Ausverkauf veranstaltet werden soll, eine Bewilligungspflicht ähnlicher Art bzw. mit ähnlichen Beschränkungen bestehe und die Bewilligung dort bereits eingeholt worden sei, so dass für den Schutz des Publikums gegen Täuschung und Ausbeutung Gewähr bestehe [42]. — Trotz diesen bundesgerichtlichen Richtlinien blieb das angeschnittene Problem bestehen und gab in der Praxis zu verschiedenen Differenzen Anlass.

---

38) BGE 59 I 262 ff; ferner 42 I 25, 57 I 378.
39) BGE 57 I 382.
40) BGE 38 I 74 und 433, 41 I 386, 46 I 331, 52 I 315, 75 I 111 f und 116 f. — Natürlich bedarf es gesetzl. Grundlage: 39 I 325.
41) Vgl. *Germann*, Schranken 353 ff, 357.
42) Vgl. BGE 52 I 302 ff, insbesondere 311.

IV. Der Werdegang der bundesrechtlichen Regelung

1. Die eben angetönten und andere Schwierigkeiten drängten dazu, die *Frage der Vereinheitlichung* des Ausverkaufsrechtes durch den Bund zu stellen [43]. — Man musste die Erfahrung machen, dass die durch die Ankündigung hervorgerufene Anziehungskraft der Ausverkäufe über die Kantonsgrenze hinaus wirkte, dass also die Grenzen der wirtschaftlichen Einzugsgebiete nicht mehr mit den politischen Grenzen der Kantone übereinstimmten. Aus diesem tatsächlichen Gegensatz ergaben sich rechtlich unbefriedigende Folgen, insofern die Ausverkäufer desselben Wirtschaftsgebietes, das zufällig durch die politischen Grenzen zweier Kantone geteilt war, rechtlich ungleich behandelt wurden, oder dass m. a. W. wirtschaftlich gleichartige Veranstaltungen ungleichen gewerbepolizeilichen Vorschriften der einzelnen Kantone unterlagen [44].

Mit diesem Argument glaubte man vielerorts die Frage nach der Vereinheitlichung des Ausverkaufsrechtes durch den Bund bereits positiv entschieden zu haben. Dem liess sich aber entgegenhalten, dass, wenn sich die Ausverkäufe schon regional auswirkten, zum mindesten keine eidgenössische Regelung nötig sei, weil die Schweiz selber kein einheitliches Wirtschaftsgebiet darstelle; darauf machten vereinzelt die welschen Kantone zusammen mit dem Hinweis auf ihr Wirtschaftsgebiet und auf ihre gut eingelebten und aufeinander abgestimmten Ausverkaufsordnungen aufmerksam [45]. Bei dieser Sachlage muss es allerdings überraschen, dass die Kantone als Gegner einer bundesrechtlichen Regelung die Gelegenheit versäumt haben, als Kompromisslösung eine minimale Vereinheitlichung des Ausverkaufsrechtes durch interkantonale Vereinbarungen in Diskussion zu stellen [46]. Denn auf dem Wege der Konkordate wäre man vielleicht zu einer Einigung über hängige Fragen, wie die der Bewilligung ausserkantonaler Ausverkaufsankündigungen, der Bewilligungspflicht der Geschäftsunternehmen mit mehreren in verschiedenen Kantonen ge-

43) Über die Vereinheitlichungsfrage in Deutschland vgl. *Dufner* 58 f, *Rottenstein*, 7 ff. u. a.

44) Dies war das Hauptargument der „Zentralisten"; vgl. *Blanc* 18/19, *Germann*, Vorschl. 25, 11/12; ebenso Botschaften I 522, II 672/73 sowie Sten Bull 1934 StR 321, 379; 1935 NR 359; 1943 StR 78, 85 etc. — Freilich wurden daneben auch wirtschaftspol. Überlegungen wie die, dass der gewerbl. Mittelstand geschützt werden müsse, angestellt.

45) Sten Bull 1934 StR 323, 327/28, 381; StR 80.

46) M. W. wurden in dieser Richtung nirgends Schritte unternommen.

legenen Verkaufsstellen, der Unterdrückung des unlauteren gewerbsmässigen Ausverkaufens usw., gekommen; dabei hätte man im Hinblick auf eine künftige Regelung des Bundes die nötigen Erfahrungen sammeln können.

Neben den praktischen Gründen, die gegen eine Vereinheitlichung durch den Bund sprechen — dass die Kantone den örtlich und regional verschiedenen Wirtschaftsverhältnissen besser Rechnung tragen können als der Bund und dass sie umgekehrt als Vollzugsorgane nicht unbedingt Gewähr für die tatsächliche Einheit des Bundesrechtes bieten —, musste vor allem die Frage nach dem Rechtsschutz im Ausverkaufswesen zu denken geben; solange nämlich die Ausverkaufsregelung den Kantonen anheimgegeben war, konnte der einzelne z. B. gegen die Verweigerung oder schikanöse Beschränkungen der Ausverkaufsbewilligungen staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der HGF an das Bundesgericht führen; mit dem Vereinheitlichungsplan wurde aber diese Möglichkeit in Frage gestellt [47].

2. Nach verschiedenen, um die Jahrhundertwende erfolgten *Vorstössen aus Wirtschaftskreisen* kam bei den Beratungen über eine eidgenössische Gewerbegesetzgebung auf Grund des 1908 angenommenen Verfassungsartikels BV 34 auch die Frage nach einer bundesrechtlichen Regelung des Ausverkaufswesens zur Sprache [48]. Der Einladung des damaligen eidgenössischen Industriedepartements zur Vernehmlassung Folge leistend, brachte der schweizerische Gewerbeverband (damals Gewerbeverein genannt) 1911 in einem umfangreichen Entwurf u. a. seine Begehren zur Ordnung des Ausverkaufswesens zur Kenntnis; danach sollte der Ausverkauf mit Bewilligungspflicht, Warenschubverbot, Wartefrist usw. eingehend polizeilich und bundesrechtlich geregelt werden [49].

3. Im Jahre 1927 erstattete der heutige Professor *Germann* dem damaligen eidgenössischen Arbeitsamt ein „Gutachten über die Postulate zur ‚Förderung der Gewerbe' ", worin er eine subsidiäre bundes-

---

47) Diese Bedenken haben sich in der Folge als begründet erwiesen, da heute als Rechtsmittel lediglich die staatsrechtliche Beschwerde an den Bundesrat verbleibt; vgl. Kritik von *Huber* Hans, Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen, Basel 1950, 13.

48) Vgl. *Frey* 16, *Germann*, Vorarbeiten 10 f.

49) Vgl. *Volmar* Fr., Vorarbeiten des Schweiz. Gewerbevereins für die Schweiz. Gewerbegesetzgebung, in: „Gewerbliche Zeitfragen 1911" 534 ff. — Die 2. Eingabe des Gewerbeverbandes an das EVD von 1921 (wiedergegeben bei *Germann*, Vorarbeiten 241 ff) brachte hinsichtlich der Ausverkäufe nichts Neues.

rechtliche Regelung des Ausverkaufswesens, im Sinne einer staatsrechtlichen Ersatzvornahme, vorschlug [50]. — Mit einer *Botschaft* vom 11. Juni 1934 unterbreitete der Bundesrat der Bundesversammlung den Entwurf zu einem „Bundesgesetz über den unerlaubten Wettbewerb". Dieser Entwurf ermächtigte den Bundesrat zum Erlass von einheitlichen Bestimmungen über das Ausverkaufswesen — insbesondere auch von strengen Strafanordnungen — und ging wesentlich über die Vorschläge Germanns hinaus [51]. Dieses Vorhaben stiess während den *Beratungen über das UWG* 1934/35 auf heftigen Widerstand. Namentlich die Vertreter der welschen Kantone im Ständerat verteidigten ihre begründete Ansicht, dass eine Vereinheitlichung des Ausverkaufswesens überhaupt nicht nötig, und wenn schon, sicherlich nicht dringend sei. Wolle man trotzdem eine bundesrechtliche Ausverkaufsregelung, so könne man diese nicht in das Wettbewerbsgesetz aufnehmen, da man mit einer solchen polizeilichen Ausverkaufsordnung das dortige System der zivilrechtlichen Regelung des Wettbewerbs durchbrechen müsse. Besonderen Wert legten sie aber auf die Feststellung, dass die Art und Weise der vorgeschlagenen Ordnung, die es dem Bundesrat überlassen hätte, von sich aus den Inhalt der Regelung auf dem Verordnungswege zu bestimmen, bzw. zu unterlassen, verfassungswidrig sei [52]. Gut schweizerisch trug man diesen Bedenken der Minderheit dadurch Rechnung, dass man sich nicht mit einer blossen Rahmenordnung begnügte, sondern während den Beratungen Grundsätze im UWG aufstellte, an die sich der Bundesrat bei der Ausgestaltung zu halten hatte. So wurde auf Antrag von Ständerat Klöti [53] beschlossen, dass Ankündigung und Durchführung von Ausverkäufen und ähnlichen Veranstaltungen einer Bewilligung bedürfen und dass die Bewilligung zu verweigern oder an beschränkende Bedingungen zu knüpfen sei, „soweit der Schutz des anständigen Wettbewerbes es erfordere" [54]. Ferner sollte der Bundesrat zur Festsetzung von Strafmaxima nur für bestimmte Übertretungen er-

---

50) *Germann* Oskar Adolf, Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung, Basel 1927, 40 ff, 171 und 200 f (Art. 13).

51) Vgl. Botschaft I 522, 559/60.

52) Vgl. Sten Bull, 1934 StR 320/21, 323, 328, 381; 1943 StR 23, 78 ff, 84. — Übrigens waren aus den verschiedenen Voten die Befürchtungen der Kantone, das Recht zur Erhebung von Ausverkaufsabgaben zu verlieren, herauszuhören.

53) Vgl. Sten Bull, 1934 StR 380, 382.

54) Im Nat.Rat auf „soweit es Treu und Glauben erfordern" modifiziert: Sten Bull 1935 NR 359.

mächtigt werden. — Mit kleinen redaktionellen Änderungen wurden die ständerätlichen Beschlüsse auch vom Nationalrat angenommen.

Noch während den Verhandlungen in den Räten legte Professor *Germann im November 1935* ein ausführliches, ausschliesslich den Ausverkäufen gewidmetes *Gutachten* vor, in dem die verschiedenen kantonalen Regelungen auf dem Gebiet des Ausverkaufswesens dargestellt und die Grundlage einer bundesrechtlichen Ausverkaufsordnung entwickelt wurden [55]. Darauf stützte sich die *zweite Botschaft* des Bundesrates vom 3. November 1942, die im Entwurf verschiedene Neuerungen vorsah. Neu war einmal, dass im vierten Abschnitt des UWG neben den Ausverkäufen auch das Zugabewesen verwaltungsrechtlich geordnet werden sollte. Sodann konnte mit der Bewilligung eines Totalausverkaufs auch das Verbot der Neueröffnung eines gleichartigen Geschäftes verbunden werden. Im übrigen entsprachen die Artikel 20 und 21 des Entwurfes den heute geltenden Bestimmungen der Art. 18 bzw. 19.2 UWG [56]. Während der *Beratung über das UWG 1943* wurde wiederum eine Reihe von neuen materiellen Bestimmungen in das Gesetz aufgenommen, worunter insbesondere die Fassung von UWG 17.1 erwähnenswert ist, welche Vorschrift die Grundlage für den Geltungsbereich der Ausverkaufsverordnung bildet. Die Ordnung im einzelnen wurde aber nach wie vor dem Bundesrat überlassen.

4. Das UWG konnte im Einverständnis der Kantonsregierungen ohne die Bestimmungen über das Ausverkaufswesen am 1. März 1945 in Kraft gesetzt werden, weil damals noch die *Verfügung No. 16* des EVD vom 4. Jan. 1941 „über die Sicherstellung der Versorgung von Volk und Heer mit technischen Rohstoffen, Halb- und Fertigfabrikaten (Verbot von Ausverkäufen)" galt, die das Abhalten von Ausverkäufen aus kriegswirtschaftlichen Gründen untersagte [57].

Dieser Verfügung kommt insofern Bedeutung zu, als sie als erste eidg. Regelung zwischen Räumungs- und Belebungsverkäufen unterschied und die einzelnen Arten der Veranstaltung genau umschrieb (Art. 2). Früher als vorgesehen, konnte dieses Verbot aufgehoben werden, so dass seit 1. Januar 1946 wiederum die sistierten Vorschriften der Kantone angewandt werden konnten.

---

55) *Germann* Osk. Adolf, Vorschläge zur bundesrechtl. Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen, Basel 1936; auch in: ZSR 55 (1936) 182 ff.
56) Botschaft II 685 f, 723 f.
57) AS 57 (1941) 10 ff, 61 (1945) 1013.

5. In der Folge berief das BIGA, das mit den Vorarbeiten zu einer AVO betraut war, eine *Expertenkommission* ein, die sich aus Vertretern der Wirtschaft, der Wissenschaft und der Kantone zusammensetzte. Der Beratung lag ein *Vorentwurf des BIGA* vom 6. März/22. Mai 1946 zugrunde, der sich weitgehend auf die Gutachten Germanns stützte. In den Verhandlungen nahm man nach Möglichkeit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Ordnung in den einzelnen Kantonen und die Interessengegensätze zwischen den verschiedenen Gruppen des Detailhandels. Auf den *Entwurf des EVD* vom 17. Sept. 1946 folgten neue Beratungen, Vernehmlassungen sowie zwei weitere Entwürfe des BIGA vom 31. Januar/5. Febr. 1947, bis schliesslich die „Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen *(Ausverkaufsordnung) vom 16. April 1947*" mit zugehörigem Kreisschreiben und Erläuterungen des EVD vom Bundesrat erlassen werden konnte [58].

58) AS 63 (1947) 337 ff.

DOGMATISCHER TEIL

1. Kapitel:

Grundsatz und Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit

I. Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit

1. Nach ihrem geistesgeschichtlichen Ursprung [1] ist die HGF als Freiheitsrecht ein *echtes Grundrecht,* d. h. ein angeborenes, unentziehbares Individualrecht des Menschen. Sie gehört einem höheren Recht an, das vor und über dem Staat besteht [2]. Die Tatsache der Überstaatlichkeit dieses Rechts schliesst aber den staatlichen Schutz nicht aus. Mit der Positivierung der HGF in BV 31 will der Verfassungsgesetzgeber dem Bürger eine Sphäre individueller Freiheit gewährleisten und diese Sphäre an der erhöhten Geltungskraft der Verfassung teilnehmen lassen. Dadurch verliert das Freiheitsrecht nichts von seinem geistigen Inhalt und Charakter; vielmehr bleibt es als objektives Recht im Sinne von Verhaltensrecht für die Staatsgewalt auch absolut bestehen, d. h. für alle staatlichen Organe verbindlich [3]. Zudem ist die HGF als Verfassungsrecht unmittelbar anwendbares Recht, das nicht noch näher ausgeführt werden muss [4].

2. *Die HGF schützt die freie wirtschaftliche Betätigung des einzelnen vor staatlicher Einmischung:* Der Bürger soll in Wahl und Art der Ausübung einer Erwerbstätigkeit frei sein. Als Grundrecht muss die HGF *jedem Menschen* zustehen, und zwar sowohl Männern wie Frauen. Auch die Minderjährigen stehen unter dem Schutz der HGF; diese ist kein Vorrecht der nach Zivilrecht handlungsfähigen Personen; dabei bezieht sich der Schutz auf den von einem Minderjäh-

1) Der z. T. im individuellen Naturrecht der Aufklärungszeit, zum andern in den volkswirtschaftlichen Theorien des englischen Liberalismus begründet ist. Vgl. *Giacometti* BStR 274 ff, *Huber* HGF 1 ff, *Marti* HGF 16, BBl 1937 II 862, Sten Bull 1938 NR 288.

2) *Oswald* Wilhelm, Die Freiheitsrechte in religiös-metaphysischer Sicht, in: Freiheit des Bürgers 21.

3) *Giacometti* BStR 242 f, 30 f.

4) *Huber,* Verfassungsrechte 80a ff, 116a.

rigen selbst oder von seinem gesetzlichen Vertreter geführten Gewerbebetrieb [5, 6]. Schliesslich können sich auch die Ausländer auf die HGF berufen, wenn sie ihnen staatsvertraglich zugestanden ist [7].

Die HGF ist *im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft* gewährleistet. Die Kantone dürfen die Erwerbstätigkeit weder vom Besitz des Kantonsbürgerrechts noch von einer Niederlassung abhängig machen, denn das hätte zur Folge, dass die HGF nur noch innerhalb des Heimat- oder Niederlassungskantons gewährleistet wäre; gerade diese örtlichen Schranken für Handel und Gewerbe wollte aber die BV beseitigen.

3. Die *freie Wahl* der Erwerbstätigkeit ist eine der wichtigsten Befugnisse der HGF. Der Bürger soll seine Kräfte entfalten und seine Mittel nach eigenem Gutfinden einsetzen können. Er soll auch frei in den Konkurrenzkampf eingreifen dürfen. Umgekehrt kann es dem einzelnen nicht verwehrt werden, auf die Konkurrenzierung anderer zu verzichten und sich mit diesen zu einer wirtschaftlichen Interessengemeinschaft zusammenzuschliessen; die damit zusammenhängende freie Partnerwahl ist allerdings nicht in der Gewerbe- sondern in der privatrechtlichen Vertragsfreiheit begründet [8]. Aus der Befugnis zur freien Wahl ergibt sich weiter, dass der Erwerbstätige jederzeit von einem Gewerbe zu einem anderen Gewerbe übergehen kann; überdies ist er berechtigt, sein z. B. mittels Ausverkauf aufgegebenes Geschäft gleich danach wieder zu eröffnen [9]; endlich kann ihn niemand daran hindern, mehrere Gewerbe *gleichzeitig* auszuüben [10].

Die HGF garantiert neben dem freien Zutritt zu einem Gewerbe auch dessen ungehinderte, *freie Ausübung*. Aus dem Grundsatz der freien Ausübung eines Gewerbes ergibt sich eine Unmenge von Folgerungen; beispielsweise erwähnen wir die Unzulässigkeit örtlicher und zeitlicher Beschränkungen, das Recht auf Reklame usw. [11]. —

---

5) Gegenüber Anordnungen der Vormundschaftsbehörde kann jedoch der Minderjährige die HGF nicht anrufen.

6) Vgl. *Marti* HGF 49, insbesondere N 4.

7) *Fehrlin* Wolfram, Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz. Berner Diss. 1952, 130 f, *Giacometti* BStR 281 N 4.

8) Inwieweit sich Gewerbefreiheit und Privatautonomie ergänzen, soll an anderer Stelle (unten 46 ff) erläutert werden.

9) Diesem Grundsatz steht allerdings das polizeirechtliche Geschäftseröffnungsverbot der Ausverkaufsverordnung (AVO 16) entgegen.

10) *Burckhardt*, Kom. 235/36, *Marti* HGF 66 ff.

11) Im einzelnen s. *Marti* HGF 69 ff.

Mit beiden, sowohl mit der Wahl wie mit der Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit, ist aber das Risiko verbunden, die Möglichkeit zum wirtschaftlichen Erfolg wie Misserfolg gegeben, welche der Staat nicht ausschliessen darf [12].

4. Nach herrschender Lehre [13] und Praxis des Bundesgerichtes [14] enthält das wirtschaftliche Freiheitsrecht als Teilfreiheit die *Konkurrenzfreiheit* und garantiert somit auch diese. BV 31 drückt also die Entscheidung des historischen Verfassungsgebers für das System der freien Verkehrs- und Marktwirtschaft aus, wonach sich der Wirtschaftsprozess nach dem Prinzip der freien Konkurrenz im Sinne der liberalen Schule der Nationalökonomie abspielen soll [15]. Auf Grund dieser Gewährleistung darf sich der Staat nicht in das wirtschaftliche Geschehen einmischen, sondern muss die Bestimmung des Wirtschaftsablaufes den wirtschaftenden Individuen überlassen.

5. BV 31 gewährleistet die „Handels- und Gewerbefreiheit"; der Ausdruck ist missverständlich, da auch der Handel ein Gewerbe in diesem Sinne ist [16]. Die Freiheit als solche ist eine Einheit; es kann sich also bei der Gewerbefreiheit nur um eine einzige, um die Freiheit der auf *Erwerb* gerichteten privaten Tätigkeit handeln.

Das Bundesgericht hat den Grundsatz der HGF auf die Selbständigerwerbenden beschränkt [17]; dies deshalb, weil die Unselbständigerwerbenden ihrem Erwerb nur als Vertragspartner im Dienstverhältnis nachgehen können und für sie darum die Vertragsfreiheit in Betracht kommt.

6. Zusammenfassend lässt sich der Grundsatz der HGF folgendermassen umschreiben: Die HGF garantiert jede Wahl, Art und Ausübung von privater Erwerbstätigkeit des einzelnen im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft. Als Individualrecht kommt sie in erster Linie

---

12) *Marti* HGF 29.

13) *Burckhardt*, Kom. 233, *Giacometti* BStR 283 f, *Homburger* 10 ff, insbesondere 16 f und dort zit. Literatur, *Huber*, Ernst R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. A., Tübingen 1953, I 646; anderer Ansicht *Marti* HGF 28 f.

14) So BGE 45 I 357, 59 I 61, 66 I 23, 70 I 147, 80 I 119.

15) Die Funktionsfähigkeit dieses „Mechanismus" setzt aber voraus, dass der Staat die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung sichert und die rechtlichen Voraussetzungen für den freien und sicheren Verkehr der Gewerbegenossen unter sich schafft; vgl. *Homburger* 11 ff, bes. 23.

16) *Giacometti* BStR 282/83.

17) BGE 64 I 25; der Praxis folgende *Giacometti* BStR 282 und *Huber* Hans, Soziale Verfassungsrechte?, in: Freiheit des Bürgers 158; anderer Ansicht *Marti* HGF 60 ff.

dem einzelnen Bürger zu, wird aber auch den juristischen Personen des Privatrechts zugestanden [18]. Demgegenüber kann sich das Gemeinwesen bei seiner wirtschaftlichen Betätigung nicht auf den Grundsatz der HGF berufen, da die Gewerbefreiheit dem Privaten gegen den Staat und nicht diesem selber eingeräumt ist [19]. Als Freiheitsrecht ist die HGF eine Schranke für die Staatsgewalt und wurde richtigerweise als *Freiheit vor staatlichem Zwang in der Wirtschaft* bezeichnet [20]. Der Staat kann die Freiheit nur verletzen, wenn er aus der ihm auferlegten Zurückhaltung heraustritt und die Freiheit des Bürgers einschränkt. Adressat des Freiheitsrechtes sind somit die Organe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Nur gegen Eingriffe des Gemeinwesens kann sich der Bürger auf die HGF berufen, nicht aber gegenüber Beeinträchtigungen seiner Erwerbstätigkeit durch Private. Ob solche Einwirkungen Privater auf die wirtschaftliche Tätigkeit der anderen zulässig sind, muss auf Grund des Privatrechts beurteilt werden [21]. Ebensowenig kann sich der Bürger aus der HGF einen Anspruch auf staatliche Leistung ableiten; denn der Staat ist nicht verpflichtet, Gelegenheit für eine gewinnbringende Tätigkeit zu verschaffen [22].

II. Schranken und Ausnahmen von der Handels- und Gewerbefreiheit

1. a) Wie es in der Sozialordnung keine Freiheit ohne Schranken geben kann — weil jeder Mensch als Freiheitsträger in das menschliche Gemeinschaftsleben eingeordnet ist, und deshalb die Freiheit des einzelnen ihre Schranke an der Freiheit des anderen finden muss [23], — so gibt es auch in der Rechtsordnung keine schrankenlosen Freiheitsrechte; denn Recht bedeutet auch Ordnung. Jedes Freiheitsrecht kann also nur *innerhalb bestimmter rechtlicher Schranken* garantiert sein. Diese Schranken (Vorbehalte) sagen aber nichts über

---

18) *Giacometti* BStR 281 N 3.
19) *Giacometti* BStR 281/82, insbes. NN 5 und 6.
20) BGE 52 II 384.
21) S. unten 47.
22) *Marti* HGF 32, *Huber* Hans, Soziale Verfassungsrechte?, in: Freiheit des Bürgers 155, ebenso BGE 73 I 216, 77 I 286/87.
23) *Egger* August, Über die Rechtsethik des schweiz. Zivilgesetzbuches, Zürich 1939, 92 ff.

den Inhalt des Freiheitsrechtes aus; dieser ist selbst schon mit dem Freiheitsrecht gegeben; sie begrenzen lediglich den Umfang des Freiheitsrechts [24]. Art und Umfang bestimmen sich nach den jeweiligen Bedürfnissen des Freiheitsrechtes, d. h. je ausgeprägter die ausserrechtlichen Bindungen der Freiheit zur Geltung kommen, um so weniger sind rechtliche Vorschriften nötig.

b) Nach herrschender Lehre und Praxis sind alle Freiheitsrechte durch *polizeiliche Schranken* gebunden; die Ausübung eines Freiheitsrechtes ist nur insoweit erlaubt, als sie die polizeilichen Gebote und Verbote beachtet und die „Polizeigüter" der öffentlichen Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Sittlichkeit und Gesundheit nicht verletzt [25]. Wenn auch die verallgemeinernde Form dieser Auffassung nicht unwidersprochen geblieben ist [26], so steht jedenfalls für die HGF fest, dass polizeiliche Schranken mit ihrem Grundsatz vereinbar sind. „Für die polizeilichen Vorschriften gilt die Generalklausel, dass sie — ohne dass eine besondere verfassungsrechtliche Ermächtigung nötig wäre — auf jedem Gebiet der Erwerbstätigkeit zulässig sind; es stellt sich nur die Frage der Notwendigkeit, bzw. der Angemessenheit, nicht aber der prinzipiellen Zulässigkeit" [27].

Die gestellte Frage nach der Notwendigkeit bzw. Angemessenheit beantwortet sich aus dem Polizeibegriff selber; denn der schweiz. Polizeibegriff ist auf dem Gebiete der Gewerbepolizei auf die HGF abgestimmt [28]. Demnach ist es den staatlichen Behörden untersagt, von sich aus dem Wirtschaftsablauf eine bestimmte Richtung zu geben, bzw. die volkswirtschaftlichen Wirkungen eines Gewerbes oder einer Betriebsart zu berichtigen; sie haben sich darauf zu beschränken, den für die Allgemeinheit schädlichen Einzelwirkungen, die mit den einzelnen Gewerben oder Geschäften verbunden sind, vorzubeugen. Was sich also im polizeilichen Rahmen hält, ist kein Einbruch in die HGF [29].

---

24) *Giacometti* BStR 370 N 37, *Marti* HGF 81, *Ruck* Erwin, Freiheit und Rechtsstaat, in: Freiheit des Bürgers 88.

25) Statt vieler *Giacometti* BStR 246, 303 und BGE 59 I 111/12. — *Fleiner* ist in der ersten Auflage seines BStR (Tübingen 1923, 320) noch weiter als der zit. Autor gegangen, indem er die Freiheitsrechte als solche den Schranken unterwarf.

26) Vgl. Kritik von *Huber*, Grundrechte 234.

27) *Marti* HGF 89.

28) *Burckhardt*, Kom. 233/34.

29) Auch der wesentliche Teil des Sozialrechts stellt keinen Einbruch in die

c) Neben den polizeilichen ist der Gewerbetreibende auch den *fiskalischen Schranken* unterworfen, welche BV 31.2 den Kantonen zur Geltendmachung vorbehält. Die ungenaue, widerspruchsvolle Fassung des Artikels ist dahin auszulegen, dass einer zusätzlichen fiskalischen Belastung einzelner Gewerbe vom Grundsatz der HGF aus nichts im Wege steht, obwohl diese öffentlichen Abgaben den einzelnen faktisch recht weitgehend belasten können. Die kantonalen Steuern dürfen aber nicht prohibitiv sein und müssen die Angehörigen der gleichen Branche gleichmässig treffen [30].

d) Überdies unterliegt der Gewerbetreibende dem *Vorbehalt der allgemeinen Rechtsordnung*. Darunter versteht man die Summe derjenigen Vorschriften, die sich nicht auf die Erwerbstätigkeit im besonderen beziehen, sondern ganz allgemein Gebote und Verbote enthalten, die jedermann zu beachten hat. Da diese Bestimmungen eine einheitliche Ordnung garantieren, muss sich ihnen auch der Erwerbstätige unterwerfen, selbst wenn sie sein Gewerbe erschweren oder gar verunmöglichen [31].

e) Die angeführten Schranken begrenzen das Freiheitsrecht in bestimmter Richtung und bringen dieses damit in Verbindung zu anderen Rechtsgütern (und Schranken): „Die Schranken der Freiheitsrechte sind aber ihrerseits beschränkt" [32]. Es ist deshalb nötig, für die Schranken der HGF folgende Grundsätze festzuhalten:

aa) Ein Freiheitsrecht kann grundsätzlich nur durch einen *Rechtssatz*, nicht etwa unmittelbar durch eine Verfügung beschränkt werden [33]. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Der Rechtssatz muss die Schranke genügend präzisieren, nicht aber das Freiheitsrecht selbst ausführen: „Eine gesetzlich geregelte HGF ist keine Freiheit im Sinne des Verfassungsgesetzgebers

---

HGF dar, werden doch z. B. die Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechtes vom Bundesgericht konsequent als Polizeibestimmungen behandelt; vgl. BGE 58 I 30, 70 I 3. Gleicher Ansicht *Giacometti* BStR 289/90, mit Beispielen (277) und *Huber*, Interventionismus 181.

30) BGE 75 I 111/12, 116 f; *Krummenacher* Albert, Das Verhältnis der kantonalen Steuerhoheit zur HGF in der Rekurspraxis der Bundesbehörden, Berner Diss. 1945, 25, 43 f, *Blumenstein* Ernst, System des Steuerrechts, 2. A. Zürich 1951, I 103 f.

31) *Marti* HGF 95 f.

32) *Huber*, Grundrechte 234.

33) Die Erklärung der Gesetzesrechte von 1789 sieht in Art. 4 hinsichtlich der Schranken der Freiheitsrechte vor: „Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi"; zit. bei *Marti* HGF 83 N 10.

mehr, denn die Verfassung wollte dem Gesetzgeber verbieten, sich in diese Sphäre einzumischen" [34].

bb) Die Freiheitsrechte — und das gilt insbesondere für die HGF — dürfen nicht mehr als unbedingt nötig eingeschränkt werden. Verdient aber ein Rechtsgut Schutz vor der individuellen Freiheit, so haben sowohl rechtsgebende wie rechtsanwendende Behörden den *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* zu beachten [35, 35a], d. h. sie haben das richtige Verhältnis von Zweck und Mittel für die Schranke oder den Eingriff zu suchen. Der Eingriff darf nur dasjenige Mass annehmen, das zur Erreichung des Zwecks notwendig ist, während das Mittel in seinem vernünftigen Verhältnis zum verlangten Opfer stehen muss. Unter mehreren möglichen Beschränkungen ist aber immer diejenige anzuwenden, welche die Freiheit am wenigsten beschneidet [36].

cc) Der *Grundsatz der Rechtsgleichheit* wendet sich in erster Linie an den Gesetzgeber, hat aber auch für die rechtsanwendenden Behörden seine Geltung [37]. Er besagt, dass gleiche Verhältnisse gleich, ungleiche Verhältnisse ungleich zu behandeln sind [38]. Eine Verletzung der Rechtsgleichheit ist immer auch eine Verletzung der HGF, wenn durch die Verletzung die Schranke zum Nachteil der Gewerbegenossen verstärkt wird [39].

2. a) Bisher war lediglich von den Schranken der HGF die Rede, die dem Freiheitsrecht innewohnen und es in seinem Gehalt unversehrt lassen. Der Verfassungsgeber hat aber auch *Ausnahmen von der HGF* vorgesehen, die Einbrüche in diese, Aufhebung des sachlichen Geltungsbereichs der Gewerbefreiheit nach einzelnen Richtun-

---

34) *Huber*, Verfassungsrechte 81a, 116a, ders. in: Freiheit des Bürgers 156/57. — Analog *Burckhardt*, Kom. 233, *Marti* HGF 84, *Nef* Hans, Der richterliche Schutz der HGF, in: Freiheit des Bürgers 195.

35) So das Bundesger. in konst. Praxis: 70 I 3, 71 I 87, 256, 73 I 99/100, 75 I 112 E 5, 80 I 353, 81 I 132. — Der Praxis folgend *Bridel* Marcel, Sur les limites des libertés individuelles, in: Freiheit des Bürgers 111, *Burckhardt*, Kom. 237, *Giacometti* BStR 304, *Marti* HGF 106 ff. — Allgem. vgl. *Oberle* Max, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs, Zürcher Diss. 1952.

35a) Der Grundsatz muss nun auch im neuen Wirtschaftsrecht Anwendung finden; vgl. unten 29/30.

36) Vgl. BGE 78 I 304/05, 80 I 353, 81 I 132 sowie *Marti* HGF 85, 107/08, 160/61.

37) So BGE 45 I 135.

38) D. h. nach der sog. verhältnismässigen Gleichheit; vgl. *Giacometti* BStR 406. — In der Praxis, bes. bei wirtschaftspolitischen Eingriffen hält es oft schwer, sich an diesen Grundsatz zu halten; vgl. *Marti* HGF 185 ff.

39) So BGE 61 I 92, 74 I 17 f, 78 I 303 f E 5.

gen, darstellen. Diese *wirtschaftspolitischen Eingriffe* unterscheiden sich dadurch von den gewerbepolizeilichen Massnahmen, dass der Ausgangspunkt zu ihrem Erlass nicht in polizeilichen Überlegungen, sondern in einem rein wirtschaftlichen Geschehen liegt; durch dieses Ereignis sieht sich der Staat, zu Recht oder Unrecht, veranlasst, mit staatlichen Machtmitteln in die Eigengesetzlichkeit des freien Marktes lenkend, fördernd oder unterdrückend einzugreifen, oft zur Verwirklichung eigener wirtschaftlicher Ziele [40].

b) Die wirtschaftspolitischen Massnahmen sind als staatlicher Schutz der gleichen wirtschaftlichen Möglichkeit derjenigen, die trotz Fleiss und Anstrengung in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind, gedacht. So ist der Bund — wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt — „befugt ... Vorschriften zu erlassen: a) zur Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe sowie zur Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden in solchen Wirtschaftszweigen oder Berufen; b) zur Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft, sowie zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes" (BV 31 bis 3 a und b). — Der Entscheid darüber, ob im Einzelfall solche Interventionsmassnahmen angezeigt sind oder nicht, ist ein politischer. Bund und Kantone, die zur Vornahme solcher Massnahmen legitimiert sind [41], haben sich dabei immer nach dem wirtschafts- und staatspolitischen Zweck der HGF zu richten; vor allem aber sind sie an die verfassungsrechtliche Umschreibung dieser Ausnahmen gebunden. Leider ist gerade die Umschreibung im angeführten Artikel nicht mit der für den konstitutionellen Staat unerlässlichen Präzision erfolgt [42]; der Verfassungsgeber hat wohl die umfassenden Ziele aufgezählt, die dazu erforderlichen Mittel aber verschwiegen. Dieser Mangel wird mit der Wendung, dass von der HGF nur „nötigenfalls" abgewichen werden darf, einigermassen

---

40) Vgl. *Huber* HGF 10 ff, *Homburger*, 18 f, *Marti* HGF 154 ff. — Über die Entwicklungsgeschichte des Interventionismus vgl. *Forsthoff* 3, 52 ff, 61 ff, *Huber*, Interventionismus 182 ff.

41) Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen hinsichtlich wirtschaftspolitischer Massnahmen hat die BV im allgemeinen selbst vorgenommen; vgl. Zusammenstellung bei *Giacometti* BStR 287 ff, 297 ff. — Reichlich unklar sind dagegen die Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes in BV 31 bis 3; vgl. *Huber*, Interventionismus 197 f.

42) Vgl. namentlich die Kritik von *Huber*, Interventionismus 185, 187 ff; ferner *Giacometti* BStR 290 f sowie *Marti* HGF 166 ff, der die einzelnen Begriffe zu erklären versucht.

behoben; der damit vom Polizei- ins Wirtschaftsrecht übertragene rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird jedoch im Wirtschaftsrecht verhältnismässig schwer anzuwenden sein, weil diesem die notwendige Bestimmtheit fehlt [43, 44]. Immerhin lässt er die Aufstellung der Richtlinie zu, dass Abweichungen von der HGF nur dann zulässig sind, wenn das in Art. 31 bis 3 gesteckte Ziel ohne eine solche Abweichung nicht erreicht werden kann [43].

c) Die eigentlichen Ausnahmen von der HGF lassen sich nach materiellen und formellen Gesichtspunkten in *verschiedene Gruppen* einteilen. In materieller Hinsicht ist zwischen den eigentlich wirtschaftspolitischen Ausnahmen des Interventionismums, welche die Wirtschaftsverfassung direkt korrigieren wollen, einerseits und den auf rein fiskalische oder sonst nicht eigentlich wirtschaftspolitische Zwecke ausgerichteten Monopolen zu unterscheiden [45]. Formell, d. h. nach der rechtlichen Grundlage der Ausnahmen, sind diejenigen Fälle, wo die Verfassung dem Gesetzgeber die Kompetenz zur Abweichung von der HGF gibt, auseinanderzuhalten von den anderen, wo die Ausnahme von der HGF direkt und unmittelbar durch die Verfassung begründet wird. Unter die erste Gruppe fallen z. B. die Massnahmen zur Förderung wichtiger Wirtschaftszweige und Berufe gemäss BV 31 bis 3 — welcher Artikel die verfassungsmässige Begründung des Interventionismus liefert [46] —, während zur zweiten ganz spezielle Eingriffe in den Wirtschaftsablauf, etwa auf Grund der Zollartikel BV 28 und 29 und des Getreideartikels BV 23 bis, zu zählen sind [47], also solche Massnahmen, welche durch die rechtsanwendenden Behörden unmittelbar auf Grund der Verfassung getroffen werden dürfen.

---

43) *Huber,* Interventionismus 186. Ebenso *Marti* HGF 160/61 und *Oberle,* aaO 57 N 21, 67/68.

44) Daneben ist auch der Grundsatz der Rechtsgleichheit zu beachten, dessen Verwirklichung aber auf noch grössere Schwierigkeiten stösst; vgl. *Marti* HGF 158 ff.

45) Vgl. Beispiele solcher Monopole bei *Giacometti* BStR 300 f.

46) *Giacometti* BStR 289, *Huber,* Interventionismus 175.

47) Vgl. *Giacometti* BStR 296.

2. Kapitel:

Handels- und Gewerbefreiheit und Gewerbepolizei

I. Wesen und Schranken des Polizeirechts

Wir haben festgestellt, dass die HGF allgemein polizeilichen Schranken unterworfen ist. Wann die Grenzen polizeilicher Einschränkungen überschritten sind, sollen die folgenden Ausführungen zeigen.

1. Polizeiliches Handeln ist *Verwaltungstätigkeit.* Die Polizei selber ist eine sinnfällige Seite der Verwaltung; in zahlreichen Materien des Verwaltungsrechts werden die Behörden polizeilich tätig, worauf die Ausdrücke Bau-, Gewerbe-, Gesundheits-, Feuerpolizei u. a. hinweisen. Das Polizeirecht ist die rechtliche Regelung dieser Form des Verwaltungshandelns.

2. Nach liberal-demokratischer Rechtsauffassung muss sich die Polizei auf die *Abwehr von Gefahren* beschränken; denn der konstitutionelle Staat setzt das Vorhandensein einer gesellschaftlichen Ordnung voraus, die er nicht noch auszubauen braucht [1]. Das Tätigwerden der Polizei ist also negativ, präventiv-prohibitiv. Alles, was darüber hinaus fördernd zum Wohle der Gemeinschaft unternommen wird, gehört nicht mehr in den Pflichtenkreis der Polizei. So ist die *Wohlfahrtspflege*, das ist das Versorgen der Bürger mit materiellen und ideellen Gütern [2], *nicht Sache der Polizei* [3]; zwar ist der Polizei das Überschreiten ihres angestammten Bereiches zum Zwecke der Verwirklichung wohlfahrtspolizeilicher Aufgaben ausnahmsweise erlaubt, jedoch nur auf Grund eines besonderen gesetzlichen Auftrags [4].

Das Wesen der Polizei besteht demnach in der Abwehr von *Gefahren.* Als Gefahr bezeichnet man die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses [5]. Blosse Belästigungen oder

---

1) *Huber,* Interventionismus 180/81; ähnl. *Fleiner,* Inst. 8, *Ruck,* VwR 6 sowie *Forstoff* 3 f und *Krüger* 229 f.

2) *Krüger* 230.

3) *Fleiner,* Inst. 392, *Peters* 374 ff, *von Turegg* 350/51; analog schweiz. Doktrin: *Burckhardt,* Kom. 234, *Giacometti* BStR 247 f, 303 ff, *Marti* HGF 100 f, *Voigt* Heinz Alex, Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Zürcher Diss. 1945, 48.

4) *Fleiner,* Inst. 392/93. Dies trifft z. B. beim Schul- und Versicherungszwang zu, wo der gegen den einzelnen zur Förderung seines Privatwohls ausgeübte Zwang im Interesse der Gesamtheit als unentbehrlich erscheint.

5) *Peters* 377, *von Turegg* 358.

Nachteile sind noch keine Gefahren; sie berechtigen nicht zum polizeilichen Einschreiten, weil „andernfalls eine solche Unzahl von präventiven Eingriffen in die bürgerliche Freiheit erforderlich wären, dass sie den liberal-rechtsstaatlichen Verteilungsmassstab für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger ausser Kraft gesetzt hätte“ [6]. Aus ähnlicher Erwägung muss deshalb verlangt werden, dass das polizeiliche Einschreiten nur beim Vorliegen einer *„fassbaren Gefahr“* zulässig ist [7]; dabei kann es sich allerdings um eine konkrete oder abstrakte Gefahr handeln: Eine *konkrete* Gefahr liegt vor, „wenn gerade in einem bestimmten Einzelfalle der Eintritt des Schadens zu befürchten ist, eine *abstrakte* Gefahr, wenn in Fällen solcher Art nach den allgemeinen Lebenserfahrungen schädigende Ereignisse bevorstehen“ [8].

3. Die Polizei hat ihre Aufgabe, die Gefahrenabwehr, im *Interesse der Allgemeinheit* oder einzelnen unbestimmten Gliedern derselben zu erfüllen [9]. Privatinteressen Dritter, persönliche Interessen der Polizeiorgane oder fiskalische Interessen des Staates berechtigen nicht zu polizeilichen Eingriffen; auch sollen die polizeilichen Vorschriften den einzelnen nicht etwa vor sich selber schützen, sondern die Mitmenschen. Das besagt negativ, dass die private Sphäre der polizeilichen Regelung entzogen ist. Gewisse „Ausstrahlungen“ der Privatsphäre in die Öffentlichkeit können jedoch polizeiwidrig werden und rechtfertigen dann ein polizeiliches Einschreiten [10].

4. Nach allgemeiner Auffassung hat die Polizei für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu sorgen.

„Unter Sicherheit versteht man die Unversehrtheit von Gesundheit, Ehre, Freiheit und Vermögen sowie der Rechtsordnung und der grundlegenden Einrichtungen des Staates“ [11].

---

6) *Krüger* 234, der neben dieser rechtlichen noch verschiedene Zweckmässigkeitsüberlegungen anstellt.

7) Übereinstimmend *Peters* 377, *Ruck* VwR 47/48, *von Turegg* 359. — Dieses Erfordernis ergibt sich übrigens auch aus dem Verbot des Übermasses und dem damit zusammenhängenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit; vgl. *Oberle* Max, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs, Zürcher Diss. 1952, 14 ff, 90.

8) *Peters* 377.

9) *Peters* 378, *von Turegg* 360 f; ebenso *Marti* HGF 99 f, *Voigt* aaO 61 ff, insbes. 75 f.

10) Vgl. Beispiele bei *Fleiner*, Inst. 410, *Marti* HGF 99, *Peters* 378, *Voigt* aaO 82 ff.

11) *Peters* 377.

Zur *öffentlichen Ordnung* gehören alle die nicht in der Rechtsordnung festgelegten, unentbehrlichen Regeln für das Zusammenleben in der menschlichen Gemeinschaft [12]. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist seinem Inhalte nach zeitlich und örtlich verschieden; er ist den wechselnden ethischen und sozialen Anschauungen über das staatsbürgerliche Gemeinschaftsleben unterworfen [13]. Was z. B. früher im Reklamewesen oder im gesellschaftlichen Leben zu Skandalszenen Anlass gab, wird jetzt von der Allgemeinheit kommentarlos hingenommen oder höchstens als Geschmacklosigkeit abgelehnt. Umgekehrt kommen heute gewisse Werte zur Geltung, denen man früher kaum Beachtung schenkte; so verfolgte der Entscheid des Bundesgerichtes, dass Polizeivorschriften auch zum Schutz von Treu und Glauben im Ausverkaufswesen erlassen werden können [14], keine Erweiterung des Polizeibegriffes, sondern lediglich die Feststellung, dass es sich um einen Wert handle, der polizeilichen Schutz verdiene. „An sich kann überhaupt jedes Rechtsgut eines Tages einen polizeilichen Schutz nötig haben" [15]. — Beispielsweise lassen sich als Störungen der öffentlichen Ordnung anführen die Verletzung von Sittlichkeit, Anstand, Treu und Glauben, von religiösen, politischen oder sittlichen Empfindungen anderer, die Beunruhigung der öffentlichen Meinung, nächtliche Ruhestörungen u. a. [16].

5. Primäre Aufgabe der Polizei ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung im Gesamtinteresse durch Gefahrenabwehr. Bei der Erfüllung ihrer Aufgabe hat die Polizei gegen den Störer dieser Ordnung vorzugehen, indem sie ihn zugunsten des geordneten Zusammenlebens zur Rücksichtnahme auf andere und das öffentliche Gemeinwohl zwingt. Im konkreten Einzelfall besteht demnach das polizeiliche Vorgehen in *Eingriffen in Freiheit (und Eigentum)* des Bürgers [17].

a) Da das polizeiliche Vorgehen oft recht einschneidend ist [18], hat der einzelne verständlicherweise das Bedürfnis, seine verfassungs-

12) *Krüger* 233/34, *Peters* 377, *Voigt* aaO 61 ff und dort zit. Lit.
13) *Peters* 377, *Fleiner*, Inst. 397, 399.
14) BGE 42 I 263.
15) *Marti* HGF 100/01.
16) Vgl. Beisp. bei *Fleiner*, Inst. 400, *Peters* 378, *Marti* HGF 99 f.
17) *Ruck* VwR 45. — Allgemein darüber: „Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte", Wissenschaftliche Schriften des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, in Frankfurt a. M., Bd 7, Frankfurt 1951.
18) In einzelnen Materien des Verwaltungsrechts, wie z. B. bei der Seuchenpolizei, ist das polizeiliche Handeln derart einschneidend, dass man vom eigentl. Polizeirecht spricht.

rechtlich garantierte Freiheit gegen Willkür und Belieben der Polizei gesichert zu wissen. Aus dem Wesen der Polizei lässt sich kein befriedigendes Sicherungsmittel ergründen. Deshalb muss auch hier der rechtsstaatliche Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung herangezogen werden, der für die Polizei besonders aktuelle Bedeutung hat [19]. Darnach bedarf jeder polizeiliche Eingriff in die Freiheitsrechte der gesetzlichen Grundlage; im Zweifel hat die Polizei den Beweis der *rechtlichen Ermächtigung* zu erbringen [20]. Mit einer allgemeinen Ermächtigung zum Einschreiten allein ist jedoch dem rechtsstaatlichen Grundsatz nicht Genüge getan; vielmehr muss inhaltlich gesagt sein, wie vorgegangen werden darf; denn der Rechtssicherheit und Freiheit des Bürgers ist mit einer eingehenden gesetzlichen Regelung der Polizeimaterien oft besser gedient, als mit einer blossen Ermächtigungs- und Blankettnorm [21]. — Im schweizerischen Recht gilt grundsätzlich das System der „Spezialisierung" [22]; spezialpolizeiliche Vorschriften bestimmen durch genaue Umschreibung des Sachgebietes den Umfang des polizeilichen Vorgehens.

Im praktischen Leben kann nun aber der Fall eintreten, dass neue Gefahren entstehen, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat, dass also die bestehende gesetzliche Regelung nicht mehr genügt, oder dass ein bestimmtes Rechtsgut einen besonderen polizeilichen Schutz verdient, den es bis anhin nicht nötig hatte. Würde nun der Grundsatz der Rechtmässigkeit ausnahmslos gelten, so wäre die Polizei in einem solchen Falle machtlos. Dieser Schwierigkeit begegnet das andere Polizeirechtssystem, das in Deutschland seit langem bekannte und noch heute geltende System der *polizeilichen Generalklausel* [23]. Eine solche umfassende generelle Ermächtigung der Polizeibehörde, auch ohne spezialpolizeiliche Grundlage das Nötige zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu treffen, ist jedoch im schweizerischen Recht nirgends ausdrücklich festgehalten [24].

---

19) *Giacometti* BStR 247, *Polizeilicher Eingriff* aaO 184, *Ruck* VwR 46, *Wackernagel* Jakob, Gesetzmässigkeit der Verwaltung und persönliche Freiheit, in: Freiheit des Bürgers 245.

20) *Ruck* VwR 46.

21) *Ruck* VwR 46, *Huber*, Grundrechte 238, *Wackernagel* aaO 244.

22) Leider ist es mit der Verwirklichung dieses Grundsatzes in den Kantonen z. T. schlecht bestellt; vgl. folgende Ausführungen.

23) Die Grundlagen dazu finden sich in der berühmten Vorschrift des Allgemeinen Preussischen Landrechts aus dem Jahre 1794 (Teil II, Titel 17, § 10) und deren Neufassung in § 14 des Preussischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 1931; vgl. *Peters* 374 ff.

Grundsätzlich gilt nach wie vor das System der Spezialisierung. Um die sich daraus ergebenden Lückenhaftigkeiten und Unvollkommenheiten zu vermeiden, hat die bundesgerichtliche Praxis beim System der Generalklausel eine nicht unbedenkliche Anleihe gemacht [25]. Dieses Überspannen der Generalklausel, die vom Bundesgericht auch zur Abgrenzung der Freiheitsrechte von der kantonalen Polizeigewalt verwendet wird, hat im In- und Ausland Widerspruch gefunden. Dabei wird namentlich auf die für die Grundrechte erwachsende Bedrohung verwiesen und, insbesondere in der Schweiz, als Schranke für diese gefährliche Praxis, der Ausbau der rückständigen kantonalen Polizeigesetzgebung gefordert [26]. Immerhin muss man zugeben, dass wegen der Lückenhaftigkeit und Rückständigkeit der kantonalen Polizeigesetzgebung und wegen der immer neuen gefahrenbewirkenden technischen und gesellschaftlichen Entwicklung auf die Generalklausel nicht ganz verzichtet werden kann [27]. Nur ist Vorsicht geboten wenn immer ein Grundrecht im Spiele steht. — Der Umstand, dass der polizeilichen Generalklausel subsidiäre Geltung neben dem System der Spezialisierung zugestanden werden muss, und die Tatsache, dass die Rechtmässigkeit der Polizei dem polizeilichen Ermessen doch reichlich Spielraum lässt, zwingen zur Ausschau nach weiteren Sicherungsmitteln für das polizeiliche Handeln.

b) Neben den aus dem Wesen der Polizei sich unmittelbar ergebenden Schranken sowie den bereits erwähnten Rechtsgrundsätzen der Verhältnismässigkeit und Rechtsgleichheit seien noch andere, *allgemeine Grenzen* polizeilichen Verhaltens angeführt:

a) Vor jedem, also auch vor dem auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung zu erfolgenden Einschreiten hat die Polizei zu prüfen, ob der Schutz des Gutes, das verletzt oder bedroht ist, zu ihrer *spezifischen Aufgabe* gehört [28]. Dabei sind die Fragen abzuklären, ob das Gut, das unmittelbar gefährdet ist, auch wirklich zu den

---

24) Abgesehen von einzelnen Kompetenzbestimmungen des Reg.Rates in den Kantonsverfassungen. — Vgl. *Giacometti* BStR 247, *Ruck* VwR 46.

25) Vgl. BGE 55 I 237, 57 I 272, 60 I 121, 61 I 39, 63 I 222, 67 I 74, 76.

26) Vgl. *Huber,* Grundrechte 235 f und dort zit. deutsche Lit. sowie 238; in aller Schärfe greift Huber aaO 235, 236/37 die in ihren Verallgemeinerungen gefährliche bger. Praxis an.

27) Im Ergebnis gleich BGE 70 I 1 sowie *Giacometti* BStR 247, *Ruck* VwR 47, *Voigt,* aaO 49 ff und dort zit. Literatur.

28) *Krüger* 233. — *Peters* 378 spricht von den „notwendigen Massnahmen", die die Polizei nach dem sog. pflichtgemässen Ermessen (Opportunitätsprinzip) zu treffen hat; ebenso *von Turegg* 354.

Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu rechnen ist, und ob ein Nichteinschreiten offensichtlich untragbar wäre, ob mit anderen Worten die Existenz der Polizei ad absurdum geführt würde [29]. Nur dann, wenn diese beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, ist der Schutz eines Rechtsgutes spezifische Aufgabe der Polizei, und nur dann besteht eine unbedingte Pflicht zum polizeilichen Handeln.

b) Beim Eingreifen hat die Polizei immer dasjenige *Mittel* anzuwenden, das zur Erreichung ihres Zweckes notwendig und brauchbar ist; ein untaugliches Mittel, das den polizeilichen Zweck gar nicht zu verwirklichen vermag, verletzt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und rechtfertigt keine Einschränkung der individuellen Freiheit [30]. Ferner hat die Polizei stets die *geeignete Form* für ihr Einschreiten zu wählen; beim Vorliegen einer konkreten Gefahr reicht eine Einzelanordnung aus, bei einer abstrakten Gefahr ist eine Polizeiverordnung zu verwenden, jedoch nur wenn die Rechtsgrundlage gegeben ist [31]. Schliesslich darf eine polizeiliche Anordnung dem *Inhalte* nach nicht einer Anordnung zuwiderlaufen, die von einer höheren Instanz erlassen wurde und erst recht darf sie nicht einer gesetzlichen Regelung widersprechen [32].

c) Droht eine Gefahr oder ist sie bereits entstanden, so kommt es der Polizei bei der Erfüllung ihrer Aufgabe in erster Linie auf die Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes an; sie hat sich deshalb an den *Störer* der öffentlichen Ordnung, den Verursacher der Gefahr, zu wenden [33]. Bei der Feststellung, wer Störer ist, ist nur die objektive polizeiliche Gefahr zu berücksichtigen; und zwar kommt es ausschliesslich auf die adäquate Verursachung an [34]. Ob den Störer ein Verschulden trifft, ist belanglos, denn auch schuldlose Störer wie Kinder, Geisteskranke usw. können einen Gefahrenzustand schaffen.

---

29) *Peters* 379. — Damit ist nach dem Zweck des polizeilichen Handelns gefragt, vgl. *Oberle* aaO 83 ff.

30) BGE 70 I 3, 71 I 81, 251; *Marti* HGF 108, Poliz. Eingriff 185 f. Vgl. ferner die Ausführungen von *Oberle* aaO 75 f und *Voigt* aaO 89 über das beschränkte Wahlrecht des Polizeipflichtigen in bezug auf die Mittel.

31) *Von Turegg* 354, *Peters* 377 N 3; allgemein *Oberle* aaO 61 f.

32) *Von Turegg* 354.

33) Ausgenommen im Falle des polizeilichen Notstandes, wo auch ein Nichtstörer herangezogen werden kann. — Übereinstimmend *Fleiner*, Inst. 403 f, *Krüger* 234/35 mit eingehender Begründung, *Peters* 382, Polizeilicher Eingriff aaO 187 f, *Ruck* VwR 48, *von Turegg* 355 f, *Voigt* aaO 93 ff; BGE 12, 108/09, 60 I 121, 63 I 222, 78 I 306.

34) *Peters* 382, *von Turegg* 355.

Hat die Polizei gegen eine Störung vorzugehen, so darf sie nicht den Weg des geringeren Widerstandes wählen und sich etwa an einen Nichtstörer halten, wie dies in einem Walliserfall geschehen ist [35].

6. Im Eingang wurde die Vereinbarkeit von HGF und gewerbepolizeilichen Schranken unter der Voraussetzung angenommen, dass der Polizeibegriff am Freiheitsrecht gemessen wird. Nach den erfolgten Ausführungen lässt sich feststellen, dass das Gewerbepolizeirecht, solange es in seinen Grenzen bleibt, begrifflich der HGF gar nicht widersprechen kann, weil es nicht in gestaltenden Eingriffen besteht.

II. Das Gewerbepolizeirecht und seine Rechtsgrundlagen

1. Das *Gewerbepolizeirecht* ist ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Polizeirecht. Wie dieses enthält es zwingende Verhaltensnormen und ist gleichzeitig organisatorisches Recht [36]. Vom allgemeinen unterscheidet es sich dadurch, dass seine Vorschriften nur die Gewerbetreibenden in ihrer Erwerbstätigkeit verpflichten. Normen, die sich an alle Bürger richten, sind deshalb nicht solche des Gewerbepolizeirechts; sie können daher auch nicht als Verletzung von BV 31 angefochten werden, wenn sie faktisch die Gewerbeausübung belasten [37]; ebensowenig Polizeibestimmungen, die sich nicht an die Selbständigerwerbenden in ihrer Erwerbstätigkeit, sondern in anderer Betätigung wenden. Anderseits umfasst das Gewerbepolizeirecht nicht nur die das Gewerbe im engen Sinne betreffenden Rechtssätze polizeilicher Art, sondern alle Polizeivorschriften, die irgendeine Erwerbstätigkeit zum Gegenstand haben [38].

2. In der *Kompetenz zur Gewerbepolizeigesetzgebung* konkurrieren Bund und Kantone:

a) Der neue Art. 31 bis 2 BV — der den bisherigen sogenannten Gewerbeartikel 34 ter BV ersetzt [39] — hat den *Bund* in umfassender

---

35) Vgl. BGE 63 I 213 ff.

36) *Burckhardt* Walter, Methode und System der Rechte 1936, 211 f.

37) BGE 46 I 291/92, 69 I 178 E 3, 73 I 59 f.

38) *Landmann*, Kom. I 78, *Marti* HGF 97/98; vgl. Definition bei *Schecher* Karl L., Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1910, 9.

39) BV 31 bis 2 geht allerdings in gewissen, hier uns nicht interessierenden Belangen weiter als der alte Artikel; vgl. *Schürmann* Leo, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel in der BV, in: ZBl 49 (1948) 40.

Weise ermächtigt, für alle Erwerbszweige gewerbepolizeiliche Bestimmungen zu erlassen. Für einzelne Erwerbszweige wie für das Fabrikwesen, das private Versicherungswesen usw., erhielt der Bund die polizeiliche Kompetenz noch besonders zugesprochen [40].

b) In denjenigen Sachgebieten, in denen der Bund keine Ermächtigung zum Erlass polizeilicher Vorschriften besitzt, sind die *Kantone* zuständig. Diese kantonale Kompetenz ist in BV 31.2 ausdrücklich vorbehalten; sie besagt, dass die Kantone kraft eigener Kompetenz gewerbepolizeiliche Bestimmungen erlassen dürfen und dazu keine Genehmigung des Bundes brauchen [41]. Darüber hinaus können die Kantone auch in jenem Bereich weiter legiferieren, wo der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis bereits Gebrauch gemacht hat; nur dürfen sie das Bundesrecht nicht verletzen, und eine Verletzung besteht auch dann, wenn der Bund durch qualifiziertes Schweigen Freiheit garantieren wollte [42].

Der örtliche Geltungsbereich des kantonalen Gewerbepolizeirechts ist das Kantonsgebiet. Solange der Kanton mit gewerbepolizeilichen Massnahmen seine territorialen Grenzen nicht überschreitet, verletzt er die HGF nicht [43]. Innerhalb seines Gebietes ist der Kanton also frei. Es gilt der Grundsatz, dass für jede Erwerbshandlung auf dem Kantonsgebiet auch das Gewerbepolizeirecht dieses Kantons zu beachten ist.

Die rigorose Durchführung dieses Grundsatzes würde aber für gewisse bewilligungspflichtige Berufe und Erwerbstätigkeiten bedeutende Erschwerungen zeitigen. So könnten sich z. B. bei der Besteuerung von Berufsarten wie dem Viehhandel, die sich auf mehrere Kantonsgebiete erstrecken, erhebliche Schwierigkeiten ergeben. Zudem erinnern wir an die unter dem früheren kantonalen Ausverkaufsrecht akute Streitfrage, ob die Ankündigung ausserkantonaler Ausverkäufe bewilligungspflichtig erklärt werden dürfe. Das Bundesgericht hat sich mit verschiedenen solcher Kollisionsfragen beschäftigt; allgemein hat es erkannt, dass eine Erwerbstätigkeit das Gebiet des Kantons in „erheblicher Weise" berühren müsse,

40) Vgl. *Giacometti* BStR 304/05.

41) Ausgenommen für die sog. Konkordate: BV 85.V, 102.VII; Beispiele bei *Giacometti* BStR 159 ff, *Marti* HGF 110 N 10.

42) *Giacometti* BStR 305. — Bis zum Erlass bundesrechtlicher Vorschriften können die Kantone z. B. das in UWG 20 der Bundeskompetenz vorbehaltene Zugabewesen ordnen.

43) BGE 52 I 210, 65 I 86.

um unter den erwähnten Grundsatz zu fallen [44]; selbstverständlich lässt sich die Intensität der Beziehung zum Kantonsgebiet nicht kategorienweise bestimmen, sondern muss für jedes Gewerbe einzeln beantwortet werden [45]. Durch die Ankündigung eines Ausverkaufs in den Zeitungen eines anderen Kantons wäre z. B. eine hinreichende örtliche Beziehung zu diesem Kanton vorhanden gewesen; das Bundesgericht liess aber den Bewilligungsanspruch des Zweitkantons dann nicht gelten, wenn im Veranstaltungskanton eine Bewilligungspflicht ähnlicher Art bestand, und dieser für eine saubere Durchführung des Ausverkaufs genügend Gewähr bot [46].

III. Insbesondere das Wettbewerbspolizeirecht [47]

1. Jedes Gewerbe ist mit gewissen Gefahren verbunden, die zum Teil im Gewerbe selber oder in der menschlichen Unzulänglichkeit liegen. Einen besonderen Gefahrenherd stellt der wirtschaftliche Wettbewerb dar, wo verschiedene Gewerbetreibende mit derselben Leistung das gleiche wirtschaftliche Ziel anstreben; da jeder Wettbewerber mit irgend einer Leistung um die Gunst der Kunden, der Käufer seiner Ware oder Leistung, wirbt, kommt es dazu, dass die Wettbewerber durch gegenseitiges Überbieten ihrer Leistungen für sich und insbesondere für Drittpersonen Gefahrenzustände schaffen. Die Tatsache eines Gefahrenzustandes allein genügt nicht zum polizeilichen Einschreiten, auch wenn die Gefahr der Allgemeinheit droht; die Gefahr für Drittpersonen muss vielmehr eine fassbare, erhebliche sein und sich gegen schutzwürdige Sachgüter- oder Gesinnungswerte richten. — Der Umstand, dass im wirtschaftlichen Wettbewerb immer wieder Gefahren für das Publikum auftreten — weil der Kunde die geschäftlichen Verhältnisse nicht richtig beurteilen kann und für ihn die Gefahren oft gar nicht erkennbar sind —, hat den Gesetzgeber bewogen, polizeiliche Schutzvorschriften im geschäftlichen Verkehr aufzustellen.

---

44) BGE 53 I 209, 65 I 86.
45) *Marti* HGF 111.
46) BGE 52 I 302 ff, bes. 311.
47) Der Ausdruck ist missverständlich, denn es ist der Polizei versagt, gestaltend in den Wettbewerb einzugreifen. Wir behalten aber den Ausdruck zur Unterscheidung vom allgemeineren Gewerbepolizeirecht bei, um darauf hinzuweisen, dass sich die polizeiliche Gefahrenabwehr insbesondere gegen Tatbestände richtet, die aus Wettbewerbshandlungen folgen. Hinsichtlich des Unterschieds zwischen Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolizeirecht s. unten 49.

a) Gegenstand des Wettbewerbspolizeirechts ist das *unlautere Geschäftsgebaren*. Dieses wird vornehmlich durch täuschende Reklame begangen, kann in Preisschwindeleien, in Qualitäts- und Quantitätsverschleierungen usw. bestehen [84]. Was unter unlauterem Geschäftsgebaren zu verstehen ist, kann nicht allgemein gesagt werden; denn dieser Begriff gehört zu den sogenannten ethischen Ermessungsbegriffen (unbestimmten Begriffen ethischen Ermessens), deren Ausformung und Konkretisierung der Entscheidung des Richters im Einzelfall überlassen werden muss [49]. Immerhin soll wenigstens eine Abgrenzung gegenüber ähnlichen Begriffen vorgenommen werden:

Das unlautere Geschäftsgebaren darf nicht zum vornherein der unerlaubten Handlung im Sinne von OR 41 gleichgesetzt werden [50], denn dort wird für die zivilrechtliche Haftung ein Verschulden verlangt; unlauteres Geschäftsgebaren kann aber auch dann vorliegen, wenn das Publikum durch Geschäftsführung eines Unzurechnungsfähigen oder durch unbeabsichtigtes Handeln eines vertrauenswürdigen Kaufmanns zu Schaden kommt; die Wettbewerbspolizei hat gerade auch gegen solche, ohne Verschulden entstandenen Gefahrenzustände, denen das Publikum wehrlos ausgeliefert ist, vorzugehen.

Ferner ist das unlautere Geschäftsgebaren vom unlauteren Wettbewerb abzugrenzen. Beiden Begriffen ist der Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben gemeinsam; sie hängen auch insofern zusammen, als die Unlauterkeit in der Regel im wirtschaftlichen Wettbewerb begangen wird und ihre schädigende Wirkung gewöhnlich auch das Publikum trifft; ja die gleiche, gegen Treu und Glauben verstossende Einzelhandlung kann sehr oft sowohl unlauteren Wettbewerb wie unlauteres Geschäftsgebaren darstellen. Sie unterscheiden sich aber dadurch, dass der unlautere Wettbewerb regelmässig eine im Wettbewerb und gegen die Mitbewerber begangene unlautere Handlung ist, während das unlautere Geschäftsgebaren in einer das Publikum schädigenden Handlung besteht, welche in der Nebenwirkung auch die gewerbliche Konkurrenz treffen kann.

b) Das Wettbewerbspolizeirecht hat Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr zu schützen. Wie jedes Polizeirecht muss es die

---

48) Vgl. die Beispiele bei *Germann*, Vorarbeiten 95 ff.

49) *Coing* Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950 271 f, *Dahm* Georg, Deutsches Recht, Stuttgart und Köln 1951, 80.

50) Wie das *von Büren*, Kom. 41/42, 156, tut.

Gefahren verhindern, die der Allgemeinheit — in unserem Fall den Käufern — drohen. Ob die unlauteren Handlungen ausschliesslich das Publikum oder mittelbar auch die geschäftliche Konkurrenz gefährden, oder ob mit anderen Worten das unlautere Geschäftsgebaren im gewöhnlichen Geschäftsverkehr oder im Konkurrenzkampf begangen wurde, ist für das polizeiliche Einschreiten zum Schutz des Publikums gleichgültig. Nur darf die Polizei bei ihrem Eingreifen nicht etwa unter dem Vorwand, das Publikum schützen zu wollen, auch gewerbepolitische Ziele wie z. B. den Schutz der einheimischen Gewerbetreibenden vor auswärtiger Konkurrenz verwirklichen. Somit bezweckt das Wettbewerbspolizeirecht den *Schutz von Treu und Glauben im Wettbewerb und im geschäftlichen Verkehr zugunsten des kaufenden Publikums.*

2. a) Die Gesetzgebungszuständigkeit in Wettbewerbspolizeisachen ist grossenteils den *Kantonen* vorbehalten [51]. In allen Kantonen bestehen mehr oder weniger eingehende und gut eingelebte Regelungen des Markt- und Hausierverkehrs, der Wanderlager und der freiwilligen öffentlichen Versteigerungen [52]. Zur Verhinderung des unlauteren Geschäftsgebarens wird in diesen Gebieten durchwegs das Einholen einer Bewilligung verlangt und gegen Widerhandlungen mit Patententzug oder strafrechtlicher Sanktion eingeschritten.

b) Auch der *Bund* erhielt die Kompetenz zum Erlass wettbewerbspolizeilicher Vorschriften zugesprochen. So wurde er auf Grund des verfassungsrechtlichen Gewerbeartikels ermächtigt, im vierten Abschnitt des UWG das Ausverkaufs- und Zugabewesen zu ordnen. Während das Zugabewesen noch einer bundesrätlichen Verordnung bedarf, ist das Ausverkaufswesen bereits eingehend geregelt worden: Die früheren, mit dem Bundesrecht in Widerspruch stehenden kantonalen Bestimmungen sind aufgehoben (AVO 28.2). Den Kantonen ist der Vollzug der bundesrechtlichen Vorschriften überlassen (UWG 17.1). Ebenso ist Strafverfolgung und Gebührenerhebung Sache der Kantone (UWG 18.3 und 19.2). Sodann dürfen diese in ganz bestimmten Fällen vom Bundesrecht abweichende Vorschriften aufstellen (AVO 26) und schliesslich ist ihnen das Recht gewahrt, vor-

51) Vgl. z. B. den ausdrücklichen Vorbehalt gewerbe- und handelspolizeilicher Vorschriften in UWG 22 und AVO 3. 2.

52) Vgl. *Burckhardt*, Kom. 238 ff, *Germann*, Vorarbeiten 95 ff sowie die Monographien von *Haefely* Ernst, Die Gewerbepolizei nach kantonalem soloth. Recht, Freiburger Diss. 1927, *Huber* Eugen, Das Wandergewerbe im schweiz. Recht, Basler Diss 1946, u. *Luder* Ulrich, Der Hausierhandel im schweiz. Recht, Zürcher Diss. 1945.

sätzlichen oder fahrlässigen Zuwiderhandlungen Haft oder Busse anzudrohen (UWG 19.1).

3. Das Wettbewerbspolizeirecht kann seinen Zweck auf zweifache Weise erreichen: Einmal dadurch, dass es vorbeugend die Gefahren zu verhindern sucht (Prävention) oder dadurch, dass es die bereits entstandenen Gefahren unterdrückt, den polizeiwidrigen Zustand beseitigt (Repression). — Beispielsweise seien im folgenden einige *Mittel* angeführt, mit denen das Wettbewerbspolizeirecht sein Ziel zu erreichen versucht.

a) Als typisch präventiv-polizeiliches Mittel ist in erster Linie die *Bewilligungspflicht* zu nennen. Diese kann sich auf den Beruf als solchen wie z. B. den Hausierhandel, resp. auf die Geschäftseröffnung oder auf eine einzelne Erwerbshandlung wie den Ausverkauf beziehen [53]. Die Bewilligungspflicht besagt, dass die Ausübung gewisser Erwerbstätigkeiten, mit denen besondere Gefahren verbunden sind, vorgängig der polizeilichen Kontrolle unterstellt werden muss. Die Behörden haben sich von der Erfüllung sämtlicher gesetzlichen Voraussetzungen, die für das betreffende Gewerbe oder den Gewerbetreibenden selbst gestellt sind, zu überzeugen; trifft dies zu, so wird die gewerbepolizeiliche Bewilligung erteilt; widrigenfalls muss sie verweigert werden. Die Erteilung einer Bewilligung hat die Bedeutung einer behördlichen Feststellung, dass alle der Polizei zur Geltendmachung überlassenen gesetzlichen Schranken weggeräumt wurden [54]. Die Bewilligung verleiht deshalb kein besonderes Recht auf die Ausübung eines Gewerbes; das Recht auf eine Erwerbstätigkeit hat jeder Bürger schon kraft BV 31.

Die verlangten Voraussetzungen können verschiedenster Art sein: So können persönliche Anforderungen gestellt werden wie guter Leumund, Gesundheit, Niederlassung, oder auch sachliche Erfordernisse, z. B. Ort der Betriebsstätte, geeignetes Geschäftslokal usw. [55]. Bei der Überprüfung der Voraussetzungen dürfen nur polizeiliche, nicht gewerbepolitische oder rein fiskalische Erwägungen massgebend sein; doch müssen in der Regel, d. h. wenn das Gesetz nichts anderes vorschreibt, alle polizeilichen Gesichtspunkte gleichzeitig geprüft werden [56]. Die Erteilung der Bewilligung braucht nicht das Ende der

53) Vgl. Beispiel bei *Giacometti* BStR 305 f, *Marti* HGF 116 ff.

54) *Burckhardt*, Kom. 244, *Giacometti* BStR 305/06, *Marti* HGF 116; ebenso BGE 73 I 219, 76 I 298, 77 I 287.

55) Vgl. Beispiele bei *Marti* HGF 118 ff, 150 f.

56) *Landmann*, Kom. I 217.

Kontrolle zu bedeuten. Denn das Ziel der polizeilichen Prävention geht ja gerade dahin, dem Eintreten von Gefahren durch geeignete Massnahmen vorzubeugen. So muss eine Bewilligung entzogen werden, wenn die Voraussetzungen dahin gefallen sind [57].

Im Zusammenhang mit der Bewilligungspflicht sind noch die *Bedingungen und Auflagen* zu erwähnen [58]. Diese dürfen nur dann an eine zu erteilende Bewilligung geknüpft werden, wenn sie nicht einen Inhalt haben, für den eine gesetzliche Gundlage nicht besteht oder einen Inhalt, der nicht mehr im polizeilichen Rahmen bleibt. Vor allem darf aber das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nicht durch Bedingungen umgangen werden. Das gleiche gilt für die *Inventurpflicht,* welche eine vorgängige polizeiliche Kontrolle ermöglicht. Darauf ist im speziellen Teil dieser Arbeit zurückzukommen.

b) Während die Prävention das Eintreten der Gefahren zu verhindern sucht, ist es der Repressionspolizei darum zu tun, einem weiteren Umsichgreifen der Gefahren entgegenzutreten und den ordnungsmässigen Zustand wieder herzustellen. Dazu stehen der Polizei, je nach gesetzlicher Regelung, verschiedene Mittel zur Verfügung; einzelne Kantone schreiten gegen unlauteres Geschäftsgebaren mit verwaltungsrechtlichen Zwangsmassnahmen ein, andere dagegen stellen diesen Tatbestand unter Strafe oder verbinden das System der strafrechtlichen Sanktion mit dem des Verwaltungszwangs.

Die *Strafe* ist keine reine Repressivmassnahme, denn sie erfüllt — sowohl spezial- wie generalprävenierend — auch präventive Zwecke. Schreitet aber die Polizei mit Strafe ein, so will sie in erster Linie den für die erfolgte Störung Verantwortlichen zur Rechenschaft ziehen; sie stellt also nicht, wie bei der reinen verwaltungsrechtlichen Massnahme, auf die Störung als solche ab, sondern auf die Person des Störers, auf dessen Verschulden [59]. Die Strafe in diesem Sinne aufgefasst ist eine echte Strafe; die Polizei, die sich ihrer bedient, handelt als Arm der Justiz und untersteht deshalb dem Legalitätsprinzip.

Das kantonale Recht enthält eine Reihe von Strafbestimmungen über das unlautere Geschäftsgebaren. Zuständig zum Erlass solcher Vorschriften sind die Kantone gemäss StGB 335, wo ihnen u. a. das *Polizei- und Verwaltungsstrafrecht* vorbehalten wird, soweit es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist (StGB 335 I). Das Verhält-

57) So BGE 73 I 216, 377, 76 I 298, 77 I 287 und *Burckhardt*, Bundesrecht II 426 I, *Marti* HGF 138.

58) Auf deren Unterschied verweist *Peters* 161 f.

59) *Hafter* Ernst, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, Allg. Teil, 2. A. 1946, 243 ff.

nis der beiden Strafarten untereinander und ihre Stellung zum Strafrecht des Bundes ist umstritten [60]. So werden die Tatbestände des kantonalen Polizeistrafrechts zuweilen als widerrechtliche, aber moralisch indifferente Handlungen, als mala quia prohibita, aufgefasst und dem kriminellen Unrecht, dem malum in se, gegenübergestellt [61]. Anderseits wird das kantonale Verwaltungsstrafrecht z. T. als Übertretungsstrafrecht dem Polizeistrafrecht gleichgestellt, zum anderen als reines Ordnungsstrafrecht zur Durchsetzung kantonaler Verwaltungsvorschriften verstanden, etwa im Sinne der sog. Zwangsstrafe des deutschen Rechts, die als Beuge- und Druckmittel nach dem Opportunitätsprinzip beliebig wiederholt und innerhalb des gesetzlichen Rahmens gesteigert werden kann, bis der Widerstand gebrochen ist [62]. Das Auseinandergehen der Meinungen zeigt zur Genüge, wie schwierig es ist, einen Massstab zwischen schuldhaften und ethisch indifferenten Handlungen zu finden und demgemäss das Strafrecht vom reinen Verwaltungsrecht abzugrenzen. Die Schuld an dieser Verwirrung liegt zum grossen Teil beim Gesetzgeber selber, der bei der Regelung eines Tatbestandes nicht immer auf das moralische Verschulden des einzelnen, sondern darauf abstellt, ob die betreffende Handlung der staatlichen Gemeinschaft schaden wird oder nicht [63].

Nach herrschender Ansicht ist das *kantonale Polizeistrafrecht* (StGB 335.I,1) ein wichtiger Teil des Übertretungsstrafrechts und untersteht dem bundesrechtlichen Strafrahmen des Art. 101 StGB [64]. Die Sanktion des Polizeistrafrechts ist also eine echte Strafe im oben verstandenen Sinne; auch für sie gilt der Grundsatz nulla poena sine lege, der sich allerdings aus der Kantonsverfassung oder BV 4, nicht aber aus StGB 1 ergibt [65].

---

60) Vgl. *Oukhtomsky* Ivan, Die Abgrenzung zwischen schweizerischem und kantonalem Strafrecht, Berner Diss. 1945, *Thormann* Philipp, Die Übertretungen im Strafrecht des Bundes und der Kantone, in Z 61 (1946) 13 ff.

61) Allerdings ist hier Idealkonkurrenz denkbar, wenn durch das Verhalten, das gegen eine Vorschrift des kantonalen Polizeistrafrechts verstösst, gleichzeitig z. B. der Betrugstatbestand StGB 148 erfüllt wird. — Vgl. im übrigen die verschiedenen Abgrenzungsversuche zwischen kriminellem und Polizeiunrecht bei *Hafter* aaO 98 f und *Oukhtomsky* aaO 36 ff.

62) Vgl. dazu *Fleiner*, Inst. 214 ff, *Forsthoff* 226 ff und *von Turegg* 286.

63) Vgl. Kritik von *Ripert* Georges, Le déclin du droit, Paris 1949, 117 ff, der dieses Strafrecht richtigerweise als „droit pénal de nécessité" bezeichnet (117).

64) BGE 69 IV 7 ff; ebenso *Thormann* aaO 19, 28, *Hafter* aaO 34 f und dort zit. Literatur.

65) BGE 73 IV 138 E 5, 75 I 219 a. E. Die unterschiedliche Rechtsgrundlage ist für den Rechtsweg bedeutungsvoll; vgl. *Huber* Hans, „Nulla poena sine lege" und schweizerisches Strafgesetzbuch, in: SJZ 36 (1939/40) 21 ff, insbes. 23.

Über den rechtlichen Charakter des *Verwaltungsstrafrechts der Kantone* (StGB 335.I,2) gehen die Meinungen stark auseinander. Obgleich die „Formaldelikte" im Sinne der sog. Zwangsstrafe langsam aus unserer kantonalen Gesetzgebung verschwinden [66], darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass das kantonale Verwaltungsstrafrecht allgemein dem Verschuldensprinzip unterliege; es ist im Einzelfall festzustellen, ob der Gesetzgeber die Widerhandlung als kriminelles Unrecht oder als blosse Ordnungswidrigkeit gewertet hat. — Im übrigen brauchen sich die Kantone nicht an die in StGB 101 umschriebenen Strafen: Haft und Busse, zu halten, sondern es ist ihnen grundsätzlich freigestellt, in ihrem Verwaltungsstrafrecht auch Vergehenstatbestände mit entsprechenden Strafandrohungen zu gestalten [67].

Hat die Polizei beim Vorliegen eines unlauteren Geschäftsgebarens keine spezialpolizeiliche Strafnorm zur Verfügung, so kann sie zu einer allgemeinen Strafbestimmung, welche die Nichterfüllung rechtmässig auferlegter Verwaltungspflichten des einzelnen für strafbar erklärt, zur *Ungehorsamsstrafe des Art. 292 StGB* [68], greifen. Danach wird mit Haft oder Busse bestraft, „wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet". Der Anwendung dieses Blankettatbestandes sind bestimmte Schranken gesetzt: In formeller Hinsicht wird verlangt, dass die Strafandrohung in die amtliche Verfügung aufgenommen wird; der Bürger soll wissen, welche Strafe er im Falle des Ungehorsams riskiert [69]. Bestraft wird der Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen; diese sind Befehle der Verwaltung (oder Justiz) an den oder die bestimmten einzelnen, von zuständiger Stelle erlassen [70]. Neben dem bereits angetönten Fall der Subsidiarität anderen Strafrechtsnormen gegenüber [71], kann die Ungehorsamsstrafe auch dann keine Anwendung finden, wenn aus dem Zusammenhang der straf-

---

66) *Hafter* aaO 107 ff.

67) *Hafter* aaO 36, *Thormann* aaO 21, 29.

68) Vgl. *Roos* Gottfried, Die verwaltungsrechtliche Seite der Ungehorsamsstrafe des Art. 292 StGB, in: ZBJV 79 (1943); 481 ff, *Schwander* V., Von den Ungehorsamsdelikten, in: ZBL 51 (1950) 417 ff. — Das deutsche Recht kennt keine solche allgemeine Strafrechtsnorm: *Fleiner*, Inst. 215, *Forsthoff* 221.

69) *Roos* aaO 491 f, *Schwander* aaO 418.

70) Im einzelnen *Roos* aaO 493 ff, *Schwander* aaO 417 f.

71) Die Subsidiarität bezieht sich sowohl auf Bundesrecht (BGE 70 IV 180) wie kantonales Recht (BGE 69 IV 210).

rechtlichen Vorschriften der Schluss gezogen werden muss, dass die Strafe als Bekämpfungsmittel überhaupt ausgeschlossen wurde [72].

Die Ungehorsamsstrafe ist eine Übertretungsstrafe und setzt, weil das Gesetz nichts anderes vorschreibt, den Vorsatz voraus. Bedeutsam ist, dass an Stelle des Verwaltungsbeamten der Richter in Funktion tritt, der die Verwaltungsverfügungen überprüfen kann [73]. Deshalb ist die Ungehorsamsstrafe, gerade im Hinblick auf die strafrichterliche Sicherung der Grundrechte, dem *unmittelbaren Verwaltungszwang* vorzuziehen, der nur als ultima ratio Geltung hat und nicht überall durchführbar ist [74].

3. Kapitel:

Handels- und Gewerbefreiheit und Privatrecht

I. Allgemeines

1. Trotz zunehmendem Staatsinterventionismus auf wirtschaftlich-rechtlichem Gebiet [1] besteht in der Schweiz auch heute noch das System der freien Verkehrswirtschaft. Diese Wirtschaftsverfassung ist gekennzeichnet durch das Zusammenspiel von HGF und Privatrecht. HGF und Privatrecht haben die gleichen ideologischen Grundlagen [2] und den gleichen Zweck: die wirtschaftliche Freiheit des Menschen [3].

Das Privatrecht ist die notwendige Ergänzung der HGF, denn die meisten Erwerbstätigkeiten bestehen im planmässigen Abschluss von Rechtsgeschäften [4]. Die HGF überlässt es dem einzelnen Menschen, ob er eine Erwerbstätigkeit ausüben will oder nicht. Das Privatrecht

---

72) *Roos* aaO 500.

73) Darüber *Huber*, Grundrechte 239, *Roos* aaO 497 ff.

74) Übereinstimmend *Huber*, Grundrechte 239 f, *Ruck* VwR 134 sowie *Forsthoff* 228 f, *Peters* 172 f.

1) Vgl. *Giacometti* HGF 177 f, *Huber* HGF 10 ff und Interventionismus 183 ff, *Ripert* Georges, Le déclin du droit, Paris 1949, 40 ff.

2) *Homburger* 30 ff, *Oftinger* Karl, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in: SJZ 37 (1940/41) 225, *Simonius* August, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in: Freiheit des Bürgers 294.

3) *Homburger* 6 f, *Simonius* aaO 281/82.

4) *Burckhardt*, Kom. 226, *Homburger* 6 ff und dort zit. Literatur, *Huber* Hans, Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen, in: ZSR 59 (1940) 361/62, *Marti* HGF 75 ff.

schafft die Möglichkeit der Rechtsgeschäfte durch die Privatautonomie und die Vertragstypen. Ohne Privatrecht wäre die HGF sinnlos, weil die ungetätigte Freiheit des einzelnen nichts nützen würde; umgekehrt ist ein Zivilrecht auf wirtschaftlichem Gebiet ohne Erwerbsfreiheit undenkbar.

2. Der enge Zusammenhang bringt es mit sich, dass das Privatrecht nicht nur Ergänzung, sondern *in einem gewissen Sinne auch Beschränkung* der HGF ist [5]. Gleich wie jede Beschränkung der HGF das Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte verengt, so schränkt auch eine Regelung der Rechtsgeschäfte die Gewerbefreiheit ein. Dagegen ist nichts einzuwenden, solange die Beschränkung im Interesse der Freiheit vorgenommen wird. Geschieht die Regelung aber um ihrer selbst willen oder zur Verwirklichung von in der BV nicht vorgesehenen wirtschaftspolitischen Zielen, so verletzen solche privatrechtliche Gesetze — als staatliche Hoheitsakte — die HGF [6].

An den Privatrechtsgesetzgeber und die Gerichte muss deshalb die Forderung gestellt werden, den Grundsatz der Gewerbefreiheit in dem Sinne zu beachten, dass sie sich von ihm inspirieren lassen, um die Einheitlichkeit der Prinzipien für die ganze Rechts- und Wirtschaftsordnung zu wahren [7]. Der Zivilrechtsgesetzgeber darf ein öffentlichrechtlich gewährleistetes Freiheitsrecht nicht durch eine freiheitsfeindliche Gesetzgebung illusorisch machen. Das Privatrecht als Gesetzesrecht hat sich also an die Schranken zu halten, die ihm von der HGF als Verfassungsrecht gesetzt sind [8].

3. Diese Schranke durchbricht das Privatrecht dann nicht, wenn es den Sinn der Wettbewerbsfreiheit auch in den Beziehungen des Menschen zu den Mitmenschen schützt [9], also allgemein in den Beziehungen zwischen den Privatrechtssubjekten, die ja auch Wirtschaftssubjekte sind. Der Privatrechtsgesetzgeber schafft damit kein neues Freiheitsrecht, sondern er stellt lediglich Regeln auf, die den Missbrauch der öffentlichrechtlich gewährleisteten Freiheit verhindern sollen. Dass das Freiheitsrecht einen doppelten Schutz erhält, be-

---

5) *Burckhardt*, Kom. 226; ähnlicher Ansicht, aber mit bestimmten Vorbehalten *Homburger* 8 f.

6) Ebenso verletzt ein Zivilurteil, das in Anwendung eines BV 31 widersprechenden Rechtssatzes erlassen wird, die HGF: *Marti* HGF 76 N 9.

7) Leider fehlt diesem Postulat die Durchschlagskraft, da Bundesgesetze nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin geprüft werden dürfen, vgl. BV 113.3.

8) *Egger*, Kom. z. ZGB (2. A., 1930) I, N 10 zu ZGB 28, *Marti* HGF 75 f.

9) Dadurch, dass es verhindert, dass sich die einzelnen rechtsgeschäftlich ihrer Freiheit vollständig oder doch in zu grossem Masse entäussern (ZGB 27 und 28).

deutet nicht, dass damit zwei begrifflich voneinander verschiedene Gewerbefreiheiten entstehen [10]. Die Freiheit als solche ist eine Einheit. Der Unterschied ist nur ein funktioneller, indem sich der Schutz sowohl gegen den Staat als auch gegen den einzelnen richtet.

II. Handels- und Gewerbefreiheit und Wettbewerbsrecht

1. Wie gesagt gewährleistet die HGF die Konkurrenzfreiheit. Das bedeutet, dass der Verfassungsgeber die Bestimmung des Wirtschaftsablaufs den am Wirtschaftsprozess Beteiligten übertragen und gleichzeitig dem Staat das Eingreifen in das freie Spiel der individuellen Kräfte verboten hat. Die anbefohlene Enthaltsamkeit des Staates kann aber keine absolute sein, denn das System der freien Konkurrenz ist kein spontanes Ordnungsprinzip [11], sondern muss vom Staat geordnet werden. Das heisst nun nicht, dass der Staat die Lenkungsfunktion selbst zu übernehmen hat, sondern nur, dass das Verfahren der zwingenden staatlichen Organisation bedarf; mit anderen Worten ist der Staat, als berufener Wahrer des öffentlichen Interesses, befugt und verpflichtet, der privaten Freiheit dort Schranken zu setzen, wo dies zum *Schutz des Konkurrenzverfahrens* notwendig erscheint [12].

2. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, muss der Staat für die Konkurrenten Regeln über das gegenseitige Verhalten aufstellen; nach den Grundsätzen von Treu und Glauben hat er objektiv zu entscheiden, was im wirtschaftlichen Wettbewerb erlaubt und was nicht erlaubt ist.

Normen, die das allgemeine Interesse an lauterer Führung des Wettbewerbskampfes schützen, können die Gewerbefreiheit nicht verletzen; denn sie verwenden weder das System der freien Konkurrenz zugunsten bestimmter Wettbewerber noch wollen sie dieses selbst korrigieren, indem sie den unbequemen Wettbewerb unterdrücken [13]. Das Verbot des unlauteren Wettbewerbs ist deshalb, wenn man von der zivilrechtlichen Seite absieht, ein polizeiliches und als solches mit der HGF vereinbar [14].

---

10) Wie dies *Egger* aaO 245 N 28 annimmt.
11) Was darunter zu verstehen ist, erläutert *Homburger* 15 ff.
12) *Homburger* 74 ff.
13) BGE 38 II 698, 75 IV 24; Sten Bull 1943 NR 123, *Germann*, Kom. 250 und Rechtsfindung 77.
14) *Huber*, Die staatsrechtliche Bedeutung ... 349, 351.

3. Da die gemachten Ausführungen zum Schluss verleiten könnten, dass zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem oben behandelten Wettbewerbspolizeirecht überhaupt kein Unterschied bestehe, muss folgendes gesagt sein: Beide, das Wettbewerbsrecht und das Wettbewerbspolizeirecht, bezwecken unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben die Wahrung der Lauterkeit im geschäftlichen Verkehr und Wettbewerb; während aber das Wettbewerbspolizeirecht den Schutz des Publikums mit straf- und verwaltungsrechtlichen Mitteln, also mit öffentlichrechtlichen Massnahmen zu erreichen versucht, gibt das Wettbewerbsrecht dem einzelnen zivilrechtliche Mittel wie Klageansprüche auf Feststellung der Widerrechtlichkeit, auf Unterlassung, auf Schadenersatz usw. (vgl. UWG 2) zur Hand, um selber gegen die Unlauterkeit der Mitbewerber einzuschreiten. Der mühsam gesuchte *Unterschied zwischen unlauterem Wettbewerb und unlauterem Geschäftsgebaren* wird also aus der Verschiedenartigkeit ihrer Rechtsfolgen ersichtlich.

III. Grundgedanken des Wettbewerbsrechtes

Das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 enthält nicht nur, wie es der Name irrtümlich besagt, Wettbewerbsrecht (UWG 1 ff), sondern auch Wettbewerbspolizeirecht (UWG 13 ff). Nachdem wir auf letzteres bereits eingetreten sind, beschränken wir uns im folgenden auf Ausführungen über das Wettbewerbsrecht.

1. Gegenstand des Wettbewerbsrechts ist der *unlautere Wettbewerb*. Abgesehen von der rechtspolitischen Abgrenzung zum unlauteren Geschäftsgebaren ist eine Begriffsbestimmung des unlauteren Wettbewerbs äusserst schwierig. Rein negativ sei festgestellt, dass der unlautere Wettbewerb weder ein unsittlicher noch ein unerlaubter ist [15]. Der Begriff der Unlauterkeit geht, wie noch darzulegen ist, über den der Unsittlichkeit hinaus. Auch kann man nicht von einem unerlaubten Wettbewerb sprechen; der Wettbewerb als solcher ist eine Erscheinung im Wirtschaftsleben und wird verfassungsrechtlich garantiert.

15) Vgl. Terminologisches bei *Wolf* Elias, Kritische Betrachtungen zum Entwurf für das Bundesgesetz über den „unlauteren Wettbewerb", in: SJZ 31 (1934/35) 148.

In seiner Generalklausel, die es mit einigen Beispielen ergänzt, umschreibt das UWG den unlauteren Wettbewerb folgendermassen: „Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende und andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen" (UWG 1.1). — Aus dieser Bestimmung ist als erstes zu entnehmen, dass die Unlauterkeit im wirtschaftlichen Wettbewerb begangen sein muss; es wird nicht verlangt, dass sie bei einer auf Reingewinn gerichteten Tätigkeit verübt wird; eine einfache Erwerbstätigkeit genügt dazu [16]. Dieser Teil der Definition bietet keine Schwierigkeiten. Kontrovers sind die übrigen Elemente der Umschreibung. So ist die Wendung der Generalklausel, wonach unlauterer Wettbewerb ein „Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs" sei, missverständlich und stellt eine Tautologie dar [17]. Auch wenn der kritisierte Ausdruck mit dem andern Element der Generalklausel in Verbindung gebracht wird — dass der Missbrauch in der Verwendung täuschender und anderer gegen Treu und Glauben verstossender „Mittel" liege — so bleiben doch Unklarheiten bestehen [18, 19]. Wollte man endlich den bedeutsamen Grundsatz von Treu und Glauben heranziehen, so müsste man feststellen, dass dieses im gesamten Rechtsbereich geltende Prinzip für eine theoretische Begriffsumschreibung nicht dienlich ist; denn auch das unlautere Geschäftsgebaren stellt einen Verstoss gegen den besagten Grundsatz dar, ist aber vom unlauteren Wettbewerb zu unterscheiden.

Diese kurzen Darlegungen beweisen zur Genüge, wie schwierig es ist, eine allseits befriedigende Begriffsbestimmung des unlauteren Wettbewerbs zu geben; jedenfalls lässt sie sich nicht aus dem blossen Wortlaut des Gesetzes entnehmen [20]. Es muss deshalb dem Richter überlassen bleiben, im Einzelfall festzustellen, ob unlauterer Wett-

16) BGE 72 II 386/87, 74 IV 110, 75 IV 23.

17) Darauf wurde schon in den parlamentarischen Beratungen hingewiesen: Sten Bull 1943 NR 127; ebenso *Matter* E., Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, in: ZBJV 87 (1951) 449 ff.

18) Spricht man nämlich von „Mitteln", so zwängt sich die Frage auf, ob denn auch der gegen Treu und Glauben verstossende Zweck einer Wettbewerbshandlung unter das Gesetz falle; dies wird aber von *Germann*, Kom. 293 f und *Matter* aaO 456 f verneint.

19) Der franz. Text umgeht diese grammatikalische Schwierigkeit mit der Wendung „procédé".

20) Vgl. die verschiedenen Definitionen in der Literatur bei *Bersinger* Friedrich K., Einzelne Tatbestände aus dem BG über den unlauteren Wettbewerb, Berner Diss. 1944, 23 ff.

bewerb vorliegt oder nicht; darauf verweist ihn die Generalklausel des Gesetzes; der Richter hat sich dabei an die Sache selbst, den Wettbewerb und an den, anschliessend zu erläuternden, Zweck des Gesetzes zu halten.

2. Vor Erlass des UWG ging das Bundesgericht bei der Beurteilung einer Klage aus unlauterem Wettbewerb vom Gedanken aus, dass das Persönlichkeitsrecht des einzelnen und der damit zusammenhängende Anspruch auf Achtung und Geltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit Schutz verdiene[21]. In deren Verletzung wurde eine unerlaubte Handlung oder ein unlauterer Wettbewerb erblickt. In diesem Sinne galt OR 48 als eine Art Ausführungsnorm zu ZGB 28. Geschützt waren also nur die mit der Person untrennbar verbundenen, nicht aber rein vermögensrechtliche Güter; nur bei Verletzung subjektiver Rechte konnte Klage auf unlauteren Wettbewerb oder unerlaubte Handlung eingereicht werden. Auffallend ist an dieser Praxis, dass das Bundesgericht den unlauteren Wettbewerb nicht als Verstoss gegen allgemein gültige Rechtsnormen, gegen die objektive Rechtsordnung, begründet hat, trotzdem die gesetzliche Grundlage dazu in alt OR 50 — der dem heutigen OR 41 entsprach — vorhanden war; dadurch hätte nämlich der Rechtsschutz eine bedeutende Erweiterung erfahren.

Das neue Wettbewerbsgesetz hat die alte theoretische Begründung fallen gelassen. Es schützt nicht mehr das Persönlichkeitsrecht des einzelnen, sondern fordert „die *Respektierung allgemeiner Regeln des objektiven Rechtes*", das auf diesem Gebiete gilt, unabhängig davon, ob gleichzeitig private Interessen oder Rechte verletzt wurden[22]; diese sind der freie Leistungswettbewerb und die Grundsätze von Treu und Glauben. Wahrer dieser Grundsätze sind nach wie vor die Gerichte und mittelbar die einzelnen; den Privaten stehen die zivilrechtlichen Behelfe und der Strafantrag zur Verfügung, um dafür zu sorgen, dass die vom Staat aufgestellten Kampfregeln eingehalten werden.

3. Das Wettbewerbsgesetz hat an die Spitze seiner Regelung die *Grundsätze von Treu und Glauben* gestellt; es wollte damit zum Ausdruck bringen, welche Bedeutung es diesem grossartigen Ver-

---

21) Vgl. die Zusammenstellung der damaligen Rechtssprechung bei *von Castelberg* Carlo, Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Zürcher Diss. 1948, 90 ff.

22) *Matter* aaO 459, 467.

trauensprinzip unserer gesamten Rechtsordnung gerade in der gewerblichen Betätigung beimisst. Treu und Glauben sind nämlich die Konkretisierung des Suum cuique auf dem Gebiet des gegenseitigen Verkehrs [23], die Verkörperung des Gebotes, dass die sittlichen Grundwerte der Zuverlässigkeit, der Treue, der Wahrhaftigkeit und des Vertrauens den Umgang der Menschen im allgemeinen und deshalb auch im rechtlichen zu bestimmen haben.

Die Grundsätze von Treu und Glauben sind aber im Gegensatz zum subjektiven Glauben (ZGB 3) etwas Objektives, eine *objektive Verkehrsmaxime* [24]. Es wird bei einem Verstoss dagegen kein subjektives Verschulden oder eine Böswilligkeit verlangt. Auch dürfen die Grundsätze nicht mit dem Täuschungsmoment, mit den Begriffen der Sittenwidrigkeit, der Verkehrssitten usw. gleichgestellt werden, denn der Gesetzgeber wollte ja gerade durch die Herbeiziehung dieses unabhängigen, der Rechtsidee innewohnenden, ethischen Prinzips, dort eingreifen, „wo die Geschäftsmoral schon stark gelitten hat und vielleicht keine guten Sitten mehr bestehen, die verletzt werden können" [25].

Der in der Generalklausel aufgestellte Grundsatz von Treu und Glauben ist bereits in ZGB 2 enthalten [26, 27]. Wie dort ist er eine *normative Maxime* (in Gestalt eines ethischen Ermessensbegriffes), die vom Richter im Einzelfall nach objektiven Massstäben angewendet werden muss [28]. Objektiver Massstab für den Richter ist in erster Linie das positive Recht selber. Weist aber ein Gesetz wie das UWG

---

23) Allerdings nicht nur im materiellen Sinn verstanden, vgl. *Baumann* Marcel, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Zürcher Diss. 1952, 31, 47, *Germann,* Kom. 245.

24) *Egger,* Kom. N 24 zu ZGB 2. — Der gute Glaube kann jedoch subsidiär in Erwägung gezogen werden: BGE 72 II 398/99.

25) Botschaft II 687; ebenso *Germann,* Rechtsfindung 56 f und Kom. 245.

26) Daraus wurde gefolgert, die Generalklausel enthalte einen Pleonasmus, was *Wolfer* Hellmuth (Das Verhältnis des Missbrauchskriteriums zum Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, Basler Diss. 1945, 48) bestreitet.

27) In der Lit. wird, namentlich von *Germann,* Kom. 245 ff, die Ansicht vertreten, das UWG knüpfe mit dem Hinweis auf den Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs an ZGB 2 an, wonach der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Schutz verdiene. Dem hält *Matter* aaO 454 N 1 entgegen, dass in ZGB 2 von den Grenzen subjektiver Ansprüche die Rede sei, welche bei missbräuchlicher Ausübung trotz ihres formalen Bestandes keinen Rechtsschutz finden; ein solches subjektives Privatrecht stellt aber das „Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung" nicht dar.

28) *Coing* Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950, 271 f, *Dahm* Georg, Deutsches Recht, Stuttgart und Köln 1951, 80.

den Richter in einer Generalklausel auf das Ziel hin, so hat dieser die für die Schranken des Wettbewerbs geltenden Normen zu entwickeln, wobei unter Normen die unter UWG 1.1 fallenden, vom Richter aus dem Einzelfall zu abstrahierenden Rechtsregeln zu verstehen sind. Für die sachliche Bestimmung dieser Normen hat sich der Richter nach dem Inhalt des Vertrauensprinzips auszurichten; daneben bleibt er auf weitere Überlegungen angewiesen, „die teilweise dem Einzelfall verhaftet sind, teilweise aber emporsteigen bis zu Erwägungen über das Wesen unserer Wirtschaftsordnung und über Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechtes überhaupt“ [29].

29) *Matter* aaO 458, 454 f; ebenso *Germann*, Rechtsfindung 57.

SPEZIELLER TEIL

Einleitung

Begriff und Arten der Ausverkäufe

I. Allgemeines

1. Bei den Ausführungen über die wirtschaftliche Bedeutung der Ausverkäufe haben wir den Ausverkauf als eine während einer bebestimmten Zeitdauer beschleunigte Warenveräusserung zu herabgesetzten Preisen bei erhöhter Reklametätigkeit umschrieben. Obwohl in dieser Definition einzelne Elemente des Ausverkaufsbegriffs, z. B. Inaussichtstellung besonderer Vergünstigungen, intensive Reklame, enthalten sind, diese Umschreibung aber gesamthaft auch auf die sogenannten Sonderveranstaltungen des Detailhandels wie Weisse Woche, Geschirrtage usw. zutrifft, leuchtet es ohne weiteres ein, dass eine derartige Umschreibung für die Begriffsbestimmung des Ausverkaufes ungenügend ist. — Im folgenden sollen die Rechtssprechung des Bundesrates und Bundesgerichts darauf untersucht werden, wie der Begriff des Ausverkaufs umschrieben wird und inwieweit sich dieser Begriff von denjenigen der Sonderveranstaltungen unterscheidet.

In seiner Rekurspraxis hatte der *Bundesrat* den Ausverkauf als einen angekündigten „Verkauf zu ermässigten Preisen während einer bestimmten Zeit" umschrieben [1]. Als begriffsnotwendig erachtete er, dass die Ankündigung die beiden Elemente Preisermässigung und Befristung derselben enthalte und im Publikum keine falschen Vorstellungen über die Veranstaltung erwecke.

Das *Bundesgericht* übernahm diese Definition und entwickelte sie im einzelnen weiter. In seinem ersten, den Ausverkauf behandelnden Entscheid aus dem Jahre 1912 umschrieb es den Ausverkauf als einen „Verkauf von Warenbeständen unter Ankündigung besonderer Preisermässigung auf vorübergehende Zeit" [2]. Bezeichnenderweise setzte

1) BBl 1904 V 133; ähnlich BBl 1898 IV 347, 1899 I 378, 1899 II 530.
2) BGE 38 I 72.

sich das Bundesgericht in diesem wie in den folgenden Urteilen besonders mit dem Erfordernis der Vergünstigung auseinander, weil gerade mit dieser das Publikum angelockt und oft getäuscht wird. Nach konstanter Praxis konnte die Vergünstigung im allgemeinen nur in einer Preisreduktion bestehen [3]; unter Preisreduktion verstand das Gericht die wirkliche Herabsetzung der Preise. Ausnahmsweise anerkannte es auch andere, der Ermässigung des Warenpreises gleichkommende Vergünstigungsarten wie etwa Zugaben, nicht aber Geschenke [4]. Von den Vergünstigungen verlangte das Gericht, dass sie besondere, d. h. vom gleichen Geschäft sonst nicht gewährte, seien [5]; überdies durften sie nur vorübergehend, d. h. nur innerhalb eines bestimmten Zeitabschnittes verabfolgt werden [6]. — Mit der zeitlichen Beschränkung der Vergünstigung wies das Bundesgericht auf den vorübergehenden Charakter der Veranstaltung; dieser könne sich aber auch aus anderen Umständen wie etwa aus der Beschränkung auf einem bestimmten Warenvorrat [7] oder aus der Bezeichnung wie Ausverkauf, Occasion usw. [8] ergeben. Obwohl das Element der Beschränkung des Verkaufs auf einem bestimmten Warenvorrat nicht nur als Sonderfall des vorübergehenden Charakters der Veranstaltung, sondern auch als mit dem Räumungszweck der Veranstaltung zusammenhängend angesehen werden kann, liess das Bundesgericht eine derartige Verknüpfung der beiden Elemente nicht zu; vielmehr hat es erkannt, dass der Räumungszweck selbst kein selbständiges Element und deshalb auch nicht für den Begriff notwendig sei [9]. — Besondere

---

3) BGE 38 I 72, 433, 39 I 205, 323/24, 42 I 268, 46 I 332, 52 I 289, 317, 53 I 197. Ebenso RGSt 43, 44.

4) Die Zugabe ist dann eine Vorteilsgewährung, wenn sie für den Käufer ein den Preis der gekauften Ware herabmindernden Vermögenswert darstellt, was bei den gewöhnlichen, zum Teil wertlosen Geschenken, die bedingungslos, d. h. ohne dass etwas gekauft werden muss, abgegeben werden, nicht zutrifft: BGE 39 I 323 f.

5) So BGE 38 I 74, wo die Gewährung eines den gewöhnlichen um das Doppelte übersteigenden Rabatts verlangt wird; ähnlich BGE 38 I 433, 39 I 323, 46 I 332.

6) BGE 39 I 324, 48 I 288.

7) BGE 42 I 268, 46 I 333, 48 I 288, 52 I 289/90, 317; nichtpubl. Entscheide v. 30. 11. 1934 i. S. Amberg g. Graubünden und v. 29. 11. 1949 i. S. Wartmann g. Bern sowie BGE 78 IV 124, 81 IV 195.

8) BGE 52 I 317, nichtpubl. Entscheid v. 2. 5. 1941 i. S. Warenhaus Jelmoli AG g. Zürich, E 5 und dortige Zitate.

9) Der Räumungszweck wird zwar in BGE 46 I 220 beiläufig erwähnt, aber nur alternativ, neben dem Zweck der Erzielung eines höheren Absatzes, und auch dies offenbar nur vom Standpunkt des kantonalen Rechts. Ähnlich verhält es sich mit den anderen Entscheiden 38 I 72, 42 I 267, 52 I 317.

Aufmerksamkeit schenkte das Gericht der öffentlichen Ankündigung, die es als begriffsnotwendig erachtete [10]. Als Art der Ankündigung liess es jede gelten, die geeignet ist, Käufer anzulocken. Unerheblich sei der mit der Ankündigung verbundene Zweck: „es genügt, wenn das Publikum den Eindruck erhielt, dass es sich um einen vorübergehenden, ausserordentlich billigen Verkauf handle" [11].

2. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Rechtssprechung des Bundesrates und -gerichtes hinsichtlich des Begriffs miteinander übereinstimmen; beide Gerichte erachteten die Elemente Ankündigung, ausserordentliche Vergünstigung und Befristung des Verkaufs der im Preis ermässigten Waren als für den Ausverkaufsbegriff notwendig. Gleichzeitig muss festgehalten werden, dass die einzelnen Begriffsumschreibungen recht weit gefasst sind; sie enthalten zum Teil auch die Merkmale der Sonderveranstaltungen, so dass sich der gesuchte Unterschied zwischen dem Ausverkauf und den Sonderveranstaltungen nicht finden lässt.

Diese Ausdehnung des Begriffes ist auf folgendes zurückzuführen: Wenn der Bundesrat oder das Bundesgericht in ihrer staatsrechtlichen Rekurspraxis sich gelegentlich zum Begriff des Ausverkaufs äusserten, so geschah das immer in Auslegung der damals geltenden kantonalen Ausverkaufsregelungen; sie wollten also keinen „bundesrechtlichen" Ausverkaufsbegriff festlegen. Bei der Auslegung kantonaler Erlasse sind aber die Gerichte — und auch die rechtsanwendenden Behörden — an die rechtspolitischen Ziele des Gesetzgebers gebunden [12]. Wo nun ein kantonaler Gesetzgeber nicht nur die eigentlichen Ausverkäufe, sondern auch die ausverkaufsähnlichen Veranstaltungen der gewerbepolizeilichen Kontrolle unterstellte, mussten der Bundesrat oder das Bundesgericht bei der Behandlung staatsrechtlicher Beschwerden auf diese kantonalen Bestimmungen abstellen; wenn sie dabei auch den Begriff Ausverkauf umschrieben, so ist leicht verständlich, dass diese Definition — entsprechend der gesetzlichen Um-

10) BGE 38 I 72, 74, 46 I 332, 48 I 287 E 3, 53 I 197 sowie 78 IV 125 f; ferner nichtpubl. Entscheide vom 2. 5. 1941 i. S. Warenhaus Jelmoli AG g. Zürich, E 5 und vom 29. 11. 1949 i. S. Wartmann g. Bern, E 2.

11) BGE 46 I 332; ähnlich nichtpubl. Entscheid v. 19. 11. 1937 i. S. Hermann g. Graubünden, E 2.

12) Das hatte das Bundesgericht im BGE 42 I 265 den kant. Bewilligungsbehörden gesagt, als es sie anwies, dass sie sich „bei der Auslegung des Ausverkaufsbegriffes nicht nur an die Bedeutung des Wortes in der Sprache des täglichen Lebens halten, sondern dabei auch Grund und Zweck des Gesetzes und seiner einzelnen, den Ausverkauf regelnden Vorschriften berücksichtigen sollen".

schreibung — recht weit gefasst wurde. Zudem lässt sich namentlich in der bundesgerichtlichen Praxis die Tendenz feststellen, einen kantonalen Erlass, der nur die Ausverkäufe im engeren Sinne reglementierte, extensiv auszulegen, um durch die polizeiliche Kontrolle auch solche Veranstaltungen zu erfassen, die begrifflich nicht mehr zu den eigentlichen Ausverkäufen zu rechnen sind [13].

II. Der Begriff des Ausverkaufs in der Verordnung

1. Der Verordnungsgeber unterscheidet zwischen Ausverkäufen und ähnlichen Veranstaltungen, den sogenannten Ausnahmeverkäufen; dieser sprachliche Unterschied entspricht der im Wettbewerbsgesetz und in den früheren kantonalen Gesetzen verwendeten Bezeichnungen. Art. 1 der AVO versteht unter Ausverkäufen und Ausnahmeverkäufen „Veranstaltungen des Detailverkaufes, bei denen dem Käufer durch öffentliche Ankündigung in Aussicht gestellt wird, dass ihm vorübergehend besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte Vergünstigungen zukommen werden". Diese allgemeine Umschreibung enthält sämtliche Kriterien, die den Ausverkäufen und Ausnahmeverkäufen gemeinsam sind; sie stimmt im wesentlichen mit der Ausverkaufsdefinition des Bundesrates und -gerichts überein und gestattet eine gewisse Abgrenzung zu den Verkaufsveranstaltungen des ordentlichen Handels.

2. Für die Begriffsbestimmung viel aufschlussreicher ist die grundsätzliche Scheidung der unterstellten Veranstaltungen in Räumungs- und Belebungsverkäufe, wie sie bereits die bundesrätliche Verfügung No. 16 vorgenommen hatte [14]. Im Gegensatz zu den Ausnahme- oder Belebungsverkäufen, die „nicht oder nicht ausschliesslich der Räumung ... dienen" (AVO 2.2), wird für die Ausverkäufe der Räumungszweck als unbedingt notwendig erachtet [15].

---

13) Vgl. BGE 38 I 66 ff, 42 I 265 ff, 46 I 332 usw.:, ähnl. BBl 1904 V 133.

14) Vgl. Art. 2 der Verfügung: „Als Ausverkäufe im Sinne dieser Verfügung gelten folgende öffentlich angekündigte Verkaufsveranstaltungen: a) *Totalausverkäufe:* Verkaufsveranstaltungen, mit denen eine vollständige Räumung der Vorräte eines Geschäftes bezweckt wird; ... d) *Ausnahmeverkäufe:* Kaufsgelegenheiten, bei denen dem Konsumenten vorübergehend durch besondere Ankündigungen eine Sondervergünstigung in Aussicht gestellt wird; ...".

15) Vgl. AVO 1.1a, b u. c: „... zur Räumung aller ...", „... bestimmter Warenbestände".

Räumung bedeutet zunächst so viel wie „Verminderung eines Warenbestandes". Auch im ordentlichen Geschäftsgang wird geräumt. Diese Verminderung des Warenbestandes ist aber nur eine vorübergehende, weil der gewöhnliche Geschäftsgang auf den Warenumsatz gerichtet ist, d. h. Anschaffung und Weiterveräusserung von Waren stehen insofern miteinander in Wechselbeziehung als mit der verkauften Ware neue Geldmittel zu neuer Warenbeschaffung liquid werden [16]. Das Räumen im ordentlichen Geschäftsgang ist also nur Mittel zum Zweck der geschäftlichen Betätigung, zur wirtschaftlichen Besserstellung des Kaufmannes, während das Räumen beim Ausverkauf Selbstzweck ist, was noch näher zu erläutern ist.

Zum Unterschied des laufenden Geschäftsganges, der den Warenumsatz bezweckt, ist der Ausverkauf ein „ablaufendes" Geschäft. Das deshalb, weil AVO 13 den Warenschub verbietet, d. h. es dürfen in einen Ausverkauf „keine Waren einbezogen werden, die vor oder während der Veranstaltung im Hinblick auf den Ausverkauf erworben oder hergestellt worden sind". Diesem Verbot, und damit dem Räumungszweck des Ausverkaufs, dient sodann die Vorschrift über die Warenaussonderung: Bezieht sich nämlich „die Veranstaltung nicht auf alle im Verkaufslokal angebotenen Waren" — was beim Teil- und Saisonausverkauf der Fall ist — „so sind die einbezogenen Warenbestände deutlich zu bezeichnen und nach Möglichkeit getrennt zu halten" (AVO 12). Wenn nun das Räumen im Ausverkauf eine Verminderung des ausgesonderten Warenbestandes ohne Ergänzung durch neuhinzugekaufte Waren darstellt, so läuft die Warenveräusserung auf ein *Zu-Ende-Verkaufen aller einbezogenen Waren* hinaus. In diesem Sinne fasst der Verordnungsgeber den Begriff der Räumung auf [17].

Mit der Verpflichtung des Ausverkäufers zu räumen, konnte sich der Verordnungsgeber nicht begnügen. Denn es wurde und wird immer wieder versucht, nach durchgeführtem Ausverkauf erneut ein gleichartiges Geschäft zu eröffnen, um auch dieses bei der nächst sich bietenden Gelegenheit mittels Ausverkauf zu liquidieren. Um dieses gewerbsmässige Ausverkaufen zu verhindern, hat die zuständige Behörde bei der Bewilligung eines Totalausverkaufs eine Sperrfrist von

16) *Staub*'s Kom. zum Handelsgesetzbuch (14. A., Berlin 1933) I, 41 N 33 f; ebenso *Petzall* 15/16, *Reimer* 467.

17) Ebenso die vorherrschende Meinung in der Literatur; statt vieler, *Baumbach*, Kom. 227.

einem bis zu fünf Jahren seit Beendigung des Totalausverkaufs anzusetzen, innert der dem Gesuchsteller die Eröffnung eines gleichartigen Geschäftes in der Schweiz verboten ist (AVO 16.1); eine entsprechende Bestimmung gilt auch für die Teilausverkäufer (AVO 16.3). Wenn also ein Gewerbetreibender um eine Ausverkaufsbewilligung nachsucht, unterzieht er sich nicht nur der Verpflichtung, seinen Warenbestand endgültig zu räumen, sondern auch derjenigen, seinen Geschäftsbetrieb — wenigstens für eine bestimmte Zeit — aufzugeben. Vom wettbewerblichen Gesichtspunkt aus lässt sich die Aufgabe des gesamten Geschäftsbetriebes oder eines Teils desselben als „gleichbedeutend mit dem *Ausscheiden eines Unternehmers aus dem Kreise seiner Wettbewerber* durch völlige Aufgabe des Verkaufs der bisher geführten Waren" auffassen [18].

Das Begriffselement des Ausscheidens aus dem Wettbewerb ist die notwendige Ergänzung des Räumungsmerkmals des Ausverkaufs. Würde nämlich nur dieses für sich allein genommen, so könnte man einem Ausverkäufer, der seine Veranstaltung unter Beobachtung des Warenschubverbotes durchführt, nicht den Vorwurf der Unlauterkeit machen, selbst wenn er nach erfolgtem Ausverkauf erneut eine solche Veranstaltung durchführen würde. Das liefe aber auf ein blosses Umsetzen der Waren hinaus, d. h. der Ausverkauf wäre bloss ein Mittel zum Zweck der Umsatzsteigerung im ordentlichen Geschäftsgang. Nun ist aber der Ausverkauf das geeignete wirtschaftliche Mittel, um einem Gewerbetreibenden bei Vorliegen bestimmter Gründe wie Todesfall eines Geschäftsteilhabers, Umzug usw. zu ermöglichen, seine Waren ausserhalb des ordentlichen Geschäftsganges beschleunigt abzustossen. Das Räumen im Ausverkauf ist deshalb Selbstzweck. Dieser würde durch ein gewerbsmässiges Ausverkaufen missbraucht, und dabei das Publikum getäuscht, welches mit der Veranstaltung eines Ausverkaufs regelmässig die Vorstellung einer Zwangslage des Ausverkäufers verbindet und dementsprechend eine günstige Kaufsgelegenheit erwartet. Aus diesen Gründen hat der Verordnungsgeber das Element des Ausscheidens aus dem Wettbewerb in den Begriff des Ausverkaufs hineinbezogen. Der (Total-) Ausverkauf kann demnach als das endgültige Verkaufen sämtlicher bisher geführter Waren bei gleichzeitigem Ausscheiden des Ausverkäufers aus dem Wettbewerb umschrieben werden.

---

18) *Mewes* 78/79.

3. Dieser Begriff des Ausverkaufs — worin die beiden Begriffselemente der Endgültigkeit des Warenverkaufs und des damit zusammenhängenden Ausscheidens des Ausverkäufers aus dem Wettbewerb besonders hervorgehoben wurden — wäre unvollständig, wenn nicht gesagt würde, wie der begriffsnotwendige Räumungszweck tatsächlich erreicht wird.

Erfahrungsgemäss werden die Waren im Ausverkauf schneller abgesetzt als im ordentlichen Geschäftsgang. Aus diesem Grund bezeichnet man den Ausverkauf zuweilen als beschleunigte Verkaufsveranstaltung [19]. In der Handelssprache versteht man unter Beschleunigung „Umsatzsteigerung" [20]. Diese wird vor allem mit der Reklame erreicht. Ist nun die Reklame wirtschaftliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Durchführung des Ausverkaufs, d. h. für ein beschleunigtes Absetzen aller bisher geführten Waren, so ist sie das geeignete Mittel, das dem Räumungszweck dient. Das ist auch die Ansicht des Verordnungsgebers, der die Ankündigung des Ausverkaufs als begriffsnotwendig erachtet (vgl. AVO 1). Eine Ausverkaufstätigkeit ohne *öffentliche Ankündigung* kann es daher — jedenfalls im Rechtssinne — nicht geben. — Gemäss AVO 1.1 muss der Veranstalter eines Ausverkaufs den Käufer seiner Waren vorübergehend besondere, sonst nicht gewährte Vergünstigungen in Aussicht stellen. Das blosse Inaussichtstellen *ausserordentlicher Vergünstigungen* genügt jedoch nicht, sondern die versprochenen Kaufvorteile müssen auch tatsächlich verabfolgt werden, ansonst ein widerrechtlicher und strafbarer „Scheinausverkauf" vorliegt (vgl. AVO 15.1a und 19.1a).

4. Unter Berücksichtigung dieser verschiedenen Gesichtspunkte lässt sich der *gesetzliche Ausverkaufsbegriff* wie folgt umschreiben: Der Ausverkauf ist eine Veranstaltung des Detailverkaufs mit Räumungszweck, wobei unter Räumung das Zuendeverkaufen aller oder bestimmter in die Veranstaltung einbezogenen Warenmengen zu verstehen ist, und womit der Ausverkäufer aus dem Kreise seiner Wettbewerber ausscheidet. Der Räumungszweck wird dadurch erreicht, dass dem Käufer durch öffentliche Ankündigung vorübergehend besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte Vergünstigungen versprochen und tatsächlich verabfolgt werden.

---

19) Vgl. *Frey* 69, *Petzall* 25, *Volk* 11 u. a. sowie RGSt 45, 191/92.
20) *Petzall* 16.

III. Die Arten des Ausverkaufs

AVO 2.1 kennt drei Arten von Ausverkäufen, nämlich die Totalausverkäufe, die Teilausverkäufe sowie die Saisons- und Inventurausverkäufe. Diesen Veranstaltungen ist der Räumungszweck gemeinsam; sie werden deshalb — zum Unterschied zu den Belebungs- oder Ausnahmeverkäufen, die „nicht oder nicht ausschliesslich der Räumung ... dienen" (AVO 2.2) — Räumungsverkäufe genannt. — Im folgenden sollen die Ausverkaufsarten einzeln und in ihrem Verhältnis zu den anderen Arten sowie zu den ausverkaufsähnlichen Veranstaltungen untersucht werden.

1. Unter *Totalausverkauf* versteht man, entsprechend unserer obigen Begriffsumschreibung, die Räumung sämtlicher Waren, verbunden mit der vollständigen Geschäftsaufgabe (AVO 2.1a). Neben dem Element der Räumung, das ist das *Zuendeverkaufen aller bisher geführten Waren,* ist vor allem dasjenige der Geschäftsaufgabe wichtig. Aufgabe des gesamten Geschäftsbetriebes bedeutet für den Gewerbetreibenden nichts anderes als das (zeitweise) *Ausscheiden aus dem Wettbewerb.* Trotzdem dies für den Betroffenen wirtschaftlich wünschenswert wäre, berechtigt demnach das Vorhaben einer blossen Verlegung des Geschäftssitzes noch nicht zur Durchführung eines Totalausverkaufs, denn eine Sitzverlegung mit vorangegangenem Totalausverkauf widerspricht dem Geschäftseröffnungsverbot. Aus ähnlicher Überlegung ist der Wechsel des Inhabers als Ausverkaufsgrund unstatthaft; da der neue Inhaber das Geschäft weiterführen, d. h. die am Lager befindlichen Waren in gleicher Weise wie vorher verkaufen kann, besteht keine sachliche Notwendigkeit, zuvor einen Totalausverkauf durchzuführen [21].

Abgesehen von diesen und ähnlichen Gründen — die dem Geschäftseröffnungsverbot zuwiderlaufen — ist es grundsätzlich bedeutungslos, unter welcher Veranlassung ein Totalausverkauf durchgeführt wird. Meistens liegen schwerwiegende Gründe wie Todesfall des Geschäftsinhabers oder eines Mitarbeiters, finanzielle Schwierig-

21) *Giger* 254/55; im gl. Sinne VEB 21 (1951) 174, die Kantone Freiburg R 75, Solothurn V 3.1a, Neuenburg G 17.2 sowie *Mewes* 79, *Reimer* 458 N 3; a. A. Schwyz G 17. — Allerdings können selbst bei derartigen Fällen Ausnahmen von der Wartefrist oder vom Geschäftseröffnungsverbot angezeigt sein und bewilligt werden, vgl. AVO 11 a. E. und 17.

keiten, schlechte Marktverhältnisse usw. vor, die den Gewerbetreibenden zur Liquidation seines Geschäftes mittels Ausverkauf zwingen. Daraus wurde namentlich in der deutschen Literatur zu Unrecht gefolgert, es sei für die Veranstaltung eines Totalausverkaufs eine Zwangslage erforderlich, und demzufolge müsse der Gewerbetreibende das Vorliegen dieser Zwangslage dartun, wenn er um eine Ausverkaufsbewilligung nachsucht [22]. Es steht nun aber dem Gewerbetreibenden grundsätzlich (d. h. soweit nicht Verweigerungsgründe gemäss AVO 6, 11 oder 16 zutreffen) unbenommen, aus freiem Willen, ohne einen zwingenden Grund sein Geschäft aufzugeben. Die (wirtschaftlichen) Gründe spielen für die Zulässigkeit des Totalausverkaufs keine Rolle. Nur muss sich der Ausverkaufende die gesetzlichen Beschränkungen gefallen lassen, die ihm bei und nach der Durchführung seiner Veranstaltung auferlegt sind.

Entgegen früherer kantonaler Regelung [23] ist der Totalausverkauf in einer einzelnen Verkaufsstelle einer Filialunternehmung auch dann zulässig, wenn für das Hauptgeschäft und die übrigen Filialen keine Totalausverkaufsbewilligung eingeholt wird; doch müssen bei einer solchen Veranstaltung die Bestimmungen des Warenschub- und Geschäftseröffnungsverbots beachtet werden [24].

2. *Der Teilausverkauf* kann im Anschluss an die Begriffsbestimmung des Totalausverkaufs als das *endgültige Veräussern einer ausgesonderten Warenmenge ohne Geschäftsaufgabe* definiert werden. Der Zusatz „ohne Geschäftsaufgabe" ist als negative Abgrenzung gegenüber dem Totalausverkauf zu verstehen und nicht wörtlich aufzufassen; denn dadurch, dass der Teilausverkäufer z. B. eine Warengattung wie Weisswaren nicht mehr weiterführt, zieht er sich mit einem bestimmten Artikel, zur Entlastung der bisherigen Branchenkollegen, auch aus dem Wettbewerb zurück.

Der Teilausverkauf unterscheidet sich vom Totalausverkauf durch seinen geringeren Räumungsumfang. Obwohl die beiden Veranstaltungen rechtlich grösstenteils gleich behandelt werden — für beide

---

22) Vgl. *Petzall* 25, *Reimer* 455 N 2, *Weisbart* 699 f u. a.; ähnlich *Burckhardt*, Kom. 240. — Diese Autoren gehen z. T. so weit, die Zwangslage als Begriffsmerkmal des Ausverkaufs aufzufassen. Doch muss selbst Weisbart (aaO) zugeben, dass auch freiwillig veranstaltete Ausverkäufe möglich sind und dass umgekehrt verschiedene sog. Belebungsverkäufe in einer wirtschaftlichen Zwangslage gründen.

23) Vgl. z. B. Art. 3.2 der Solothurner V v. 28. 4. 1931 und Art. 14.1b des Neuenburger Gesetzes v. 18. 4. 1922.

24) So schon BGE 54 I 11.

gelten das Warenschub- und Geschäftseröffnungsverbot, und beide Verkäufe können, abgesehen von der Wartefrist und den besonderen Sperrzeiten gemäss AVO 9.1, jederzeit bewilligt werden —, kommt dieser Unterschied in verschiedenen Bestimmungen der Verordnung zum Ausdruck: So ist die Dauer des Teilausverkaufs, entsprechend dem weniger grossen Umfang der zu räumenden Waren, kleiner als diejenige des Totalausverkaufs (vgl. AVO 10.1 b). Umgekehrt wurde bei der Ausgestaltung des Geschäftseröffnungsverbotes vermehrte Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Teilausverkäufers genommen und dieser weniger strengen Beschränkungen als der Totalausverkäufer unterworfen (vgl. AVO 16.3). Hingegen stellen die Ausdehnung der Sperrfrist auf die Zeit vor Ostern und Pfingsten (AVO 9.1, 2. Satz) sowie die Verpflichtung, in der Ankündigung eines Teilausverkaufs wegen Aufgabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen deutlich auf die aufzugebenden Warengattungen oder Verkaufsabteilungen hinzuweisen (AVO 14.2), Sonderbestimmungen für die Teilausverkäufer dar.

Nach dem Wortlaut der Verordnung wird der Teilausverkauf „insbesondere wegen Aufgabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen" durchgeführt (AVO 2.1b). Neben diesen beiden wichtigsten Räumungsfällen sind aber auch andere wie Brand- oder Wasserschaden, Umbau, Umzug usw. zugelassen, was der Verordnungsgeber mit dem Beiwort „insbesondere" angedeutet hat [25]. Umgekehrt kann der Teilausverkauf — wie der Totalausverkauf — auch ohne nötigende Veranlassung durchgeführt werden; weder hier noch dort ist für die Zulässigkeit der Veranstaltung eine Zwangslage erfordert [26]. — Trotz dieser grundsätzlichen Feststellung sollte die Bewilligungsbehörde im Einzelfall dem Gewerbetreibenden z. B. bei geringfügigem Brand- oder Wasserschaden anraten, den Saisonschluss abzuwarten, um im Saisonausverkauf seine beschädigten Waren abzustossen; doch steht es der Behörde nicht zu, ihn durch Verweigerung der Bewilligung dazu zu zwingen, denn eine (Teilausverkaufs-) Bewilligung muss jederzeit erteilt werden, wenn keine Verweigerungsgründe gemäss AVO 6, 11 oder 16 vorliegen. Umgekehrt sollten in einen Teilausverkauf wegen Brand- oder Wasserschaden nicht nur die vom Schaden betroffenen Warenbestände, sondern unter Umstän-

25) Vgl. Kasuistik bei *Petzall* 33 ff und *Reimer* 469 f N 8.

26) A. A. EVD Erläut. N 4.3 zu AVO 2, die einen Teilausverkauf aus Bagatellgründen nicht zulassen wollen.

den auch die übrigen Warenvorräte einbezogen werden können [27].

3. *Saison- und Inventurausverkäufe* sind Veranstaltungen „auf Saisonschluss oder anlässlich von Bestandesaufnahmen" (AVO 2.1c). Da auch der Inventurausverkauf auf den Saisonschluss beschränkt wird (AVO 9.2), ist er rechtlich dem Saisonausverkauf gleichgestellt, und wird auch im Publikum als solcher aufgefasst. Trotz dieser rechtlichen Gleichbehandlung muss verlangt werden, dass ein Inventurausverkauf erst dann angekündigt und durchgeführt werden darf, wenn vorgängig auch wirklich eine Inventuraufnahme stattgefunden hat [28].

Wie der Teilausverkauf dient der Saison- und Inventurausverkauf der „Räumung bestimmter Warenbestände". Dem Umfang der Räumung nach ist also der Saisonausverkauf ein Teilausverkauf; wo die Verordnung aber die Bezeichnung „Teilausverkauf" gebraucht, meint sie den Teilausverkauf im Sinne von AVO 2.1b. — Gleich wie die andern Räumungsverkäufe sind die Saison- und Inventurausverkäufe den Bestimmungen über die Wartefrist (AVO 11), Aussonderung (AVO 12) und vor allem über das Warenvor- und -nachschubverbot (AVO 13) unterworfen. Ebenso können sie, wie der Total- und Teilausverkauf, innerhalb einer Mindest- und Höchstdauer durchgeführt werden (AVO 10.1c). Dagegen treffen den Veranstalter eines Saisonausverkaufs die Bestimmungen über das Geschäftseröffnungsverbot (AVO 16) nicht.

Saison- und Inventurausverkäufe sind vor allem deshalb Räumungsverkäufe, als für sie das Verbot des Warenschubes gilt. Da bei ihnen keine Waren einbezogen werden dürfen, „die vor oder während der Veranstaltung im Hinblick auf den Ausverkauf erworben oder hergestellt worden sind" (AVO 13.1), und ihre Durchführung auf das Saisonende beschränkt ist, kommt als Hauptmotiv ihrer Veranstaltung die *Räumung demodierter Waren* [29] in Betracht. Der Saisonausverkäufer darf aber auch nicht-demodierte, gangbare Artikel zum Verkauf stellen, solange er damit das Warenschubverbot nicht verletzt. Unter Beobachtung des erwähnten Verbotes ist es ihm

27) So EVD Erläut. N 4.4 zu AVO 2.

28) Gl. A. *Baumbach,* Nachtr. 14 f; modifizierend *Reimer* 486, der lediglich einen zeitlichen Zusammenhang zwischen Inventuraufnahme und Veranstaltung verlangt; ablehnend *Petzall* 87.

29) Die EVD Erläut. sprechen von einer Räumung „wegen saisonbedingter Entwertung der Ware" (N 4.5 zu AVO 2), während in der deutschen Literatur von der Räumung „verstaubter Ware" die Rede ist.

auch unbenommen, mit seiner Verkaufsveranstaltung eine Belebung seiner ordentlichen Geschäftstätigkeit zu verfolgen, was ihm bei einer geschickt geführten Reklametätigkeit nicht schwer fallen sollte; dies vor allem auch deshalb, weil die eigentlichen Belebungs- oder Ausnahmeverkäufe, bei denen kein Warenschubverbot beachtet werden muss, zu gleicher Zeit wie die Saisonausverkäufe, nämlich auf Saisonende hin, durchgeführt werden, und das Publikum um den rechtlichen Unterschied zwischen den beiden Veranstaltungen nicht weiss.

Aus seiner zeitlichen Beschränkung auf Saisonschluss ergibt sich, dass der Saisonausverkauf höchstens zweimal jährlich veranstaltet werden darf (vgl. AVO 9.2, 2. Satz). Bei Textil- und Bekleidungsgeschäften einschliesslich der Schuhgeschäfte besteht in der Regel sowohl am Ende der Sommer- als der Wintersaison ein Bedürfnis für eine beschleunigte Räumung demodierter Waren. Hier muss einem Gesuch um eine Ausverkaufsbewilligung immer entsprochen werden. Aber auch bei anderen Branchen, wie z. B. bei Pelzgeschäften, wo sich die Entwertung der Waren gewöhnlich auf Ende der Wintersaison einstellt, darf eine nachgesuchte Ausverkaufsbewilligung zur Durchführung eines Sommerausverkaufs nicht allein mit der Begründung verweigert werden, es bestehe zu dieser Zeit in dieser Branche kein Bedürfnis nach einer solchen Veranstaltung. Der Entscheid darüber, wann und wie oft ein Saisonausverkauf (innerhalb der zeitlichen Schranken von AVO 9) durchgeführt werden soll, steht allein dem einzelnen Gewerbetreibenden und nicht einer Bewilligungsbehörde zu [30]. Jener muss auch nicht das Vorliegen einer (wirtschaftlichen) Zwangslage dartun, um in den Besitz einer Saisonausverkaufsbewilligung zu kommen.

Was die Ankündigung der Saison- und Inventurausverkäufe betrifft, müssen sie in der Reklame als solche bezeichnet werden (AVO 14.1). Obwohl eine Typisierung der aufzugebenden Waren nicht verlangt wird wie beim Teilausverkauf (vgl. AVO 14.2), dürfen umgekehrt in der Ankündigung keine Angaben wie „Neue modische Hüte zu Ausverkaufspreisen" enthalten sein, die der ratio legis des Warenschubverbotes widersprechen. Dagegen sind Preisgegenüber-

30) Aus diesem Grunde wären sog. amtliche Entwertungslisten für gewisse Warengattungen und Branchen, wie die VO des Bundeswirtschaftsministers über Sommer- und Winterschlussverkäufe vom 13. 7. 1950 (abgedruckt bei *Baumbach*, Kom. 243/44) eine darstellt, in der Schweiz unzulässig, abgesehen davon, dass derartige Listen gewerbepolitischen Zielen dienen und damit der HGF widersprechen könnten.

stellungen, die nicht auf Täuschung des Publikums berechnet sind, ohne weiteres zulässig. — Besondere Schwierigkeiten bereitet der unterschiedliche Sprachgebrauch in der deutschen und welschen Schweiz. „Während der Sprachgebrauch der deutschen Schweiz scharf zwischen Saison- und Ausnahmeverkäufen ... zu unterscheiden erlaubt, ist dies in der welschen Schweiz nicht möglich; hier heissen die ‚Saisonausverkäufe' ‚ventes de fin de saison' " [31]; das ist eine Wendung, die ebensogut auf die periodisch veranstalteten Ausnahmeverkäufe zutreffen könnte, nachdem deren Durchführung zeitlich auf den Saisonschluss beschränkt wurde (vgl. AVO 9.2).

4. *Als Ausnahmeverkäufe* — wie die Verordnung in Anlehnung an einen verbreiteten Sprachgebrauch die ausverkaufsähnlichen Veranstaltungen bezeichnet — gelten sämtliche Verkäufe, die „nicht oder nicht ausschliesslich der Räumung bestimmter Warenbestände dienen" (AVO 2.2). Der hier gebrauchte Ausdruck „Räumung" ist nicht im Sinne unseres oben erarbeiteten engen Räumungsbegriffes zu verstehen. Wirtschaftlich gesehen ist der Ausnahmeverkauf, wie der gewöhnliche Geschäftsgang, auf den Warenumsatz gerichtet. In diesem Sinne führt die Räumung nicht wie beim Ausverkauf zur gesamten oder teilweisen Geschäftsaufgabe, sondern dient der Verbesserung der Lagerhaltung. Diese wird allerdings auch mit dem Saison- oder Inventurausverkauf erreicht. Doch unterscheidet sich der Ausnahmeverkauf von diesen Veranstaltungen dadurch, dass er vom Warenschubverbot ausgenommen ist. Wenn nun in einen Ausnahmeverkauf Waren einbezogen werden dürfen, „die vor oder während der Veranstaltung im Hinblick auf den Ausverkauf erworben oder hergestellt worden sind", deutet das darauf hin, dass auch der Verordnungsgeber den Ausnahmeverkauf als typischen *Belebungsverkauf* auffasst. Das besagt jedoch nicht, dass der Gewerbetreibende nicht auch andere als billig zusammengekaufte Ramschwaren in den Ausnahmeverkauf bringen oder mit anderen Worten räumen darf; es steht ihm völlig frei, z. B. aus der Mode gekommene Artikel mittels Ausnahmeverkauf — statt durch den Saisonausverkauf — beschleunigt abzustossen; nur muss er in diesem Falle die besonderen Vorschriften über den Ausnahmeverkauf wie namentlich die zeitlichen Beschränkungen (AVO 10.1d) und diejenigen der Ankündigung (AVO 2.3) beachten.

---

31) EVD Erläut. N 2.6 zu AVO 2.

Um die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Ausverkäufen und Ausnahmeverkäufen zu gewährleisten, hat der Verordnungsgeber das Verbot erlassen, zur Bezeichnung des Ausnahmeverkaufs Ausdrücke zu verwenden, die für die Ankündigung eines Räumungsausverkaufs typisch sind. AVO 2.3 nennt als Beispiele die Wendungen „Ausverkauf", „Räumung", „Liquidation", für sich allein oder in Zusammensetzungen und stellt ihnen „ähnlich wirkende Ausdrücke" gleich. Da aber der Verordnungsgeber es zulässt, dass im Ausnahmeverkauf, wenn auch nicht ausschliesslich, ebenfalls geräumt wird, muss er dem Veranstalter eines Ausnahmeverkaufs gestatten, seine Räumungsabsicht in der Ankündigung zum Ausdruck zu bringen. Dadurch wird allerdings die Anwendung von AVO 2.3 erschwert. Umgekehrt ist nirgends gesagt, wie weit der Gewerbetreibende in seiner Reklame gehen darf ohne diese Bestimmung zu verletzen. Auf alle Fälle dürfen in der Ankündigung eines Ausnahmeverkaufs keine Ausdrücke verwendet werden, die auf einen beschränkten Warenvorrat Bezug nehmen. So hat das Bundesgericht die Reklamewendung eines Pelzgeschäftes „Silberfüchse (solange Vorrat)" als unzulässig erklärt, weil dieser Ausdruck nichts anderes bedeute, als dass die Ware dieser Gattung nicht nach Belieben nachbestellt, sondern nur bis zur Erschöpfung des Vorrates abgegeben werden könne [32], während beim Ausnahmeverkauf in Wirklichkeit Waren nachgeschoben werden dürfen. — Wie bei den Saisonausverkäufen gibt sodann der Sprachgebrauch zu Differenzen Anlass. Während die Welschen die Ausnahmeverkäufe als „ventes au rabais" bezeichnen, stellt sich in der deutschsprachigen Schweiz die Frage, ob die Ausnahmeverkäufe auch als „Saison*ver*käufe" angekündigt werden dürfen. In der Expertenkommission wurde seinerzeit die Meinung geäussert, dass das Publikum bei der flüchtigen Durchsicht der Tagespresse zwischen den Bezeichnungen Saison*ausver*kauf und Saison*ver*kauf keinen Unterschied sehe, dass also keine Täuschungsgefahr vorhanden und deshalb der zur Diskussion stehende Ausdruck zulässig sei [33]; das ist auch unsere Ansicht.

Die Ausnahmeverkäufe erscheinen, entsprechend ihrem weiten wirtschaftlichen Spielraum, unter den verschiedensten Reklamebezeichnungen. Es besteht nun die Gefahr, dass vor allem die Unter-

32) Vgl. nichtpubl. Entscheid vom 29. 11. 1949 i. S. Wartmann g. Bern E 2. Ähnlich BGE 42 I 266, 78 IV 125, 81 IV 195 f.

33) Vgl. Exp. Prot. II 46. Ebenso EVD Erläut. N 2.6 zu AVO 2 und *Giger* 253.

stellungsbehörden in jeglichem Sonderverkauf, der etwas aufdringlich angekündigt wird, einen bewilligungspflichtigen Ausnahmeverkauf erblicken. Zur Unterstellung einer Veranstaltung ist erforderlich, dass der Verkauf im Publikum den Eindruck einer ausverkaufsähnlichen Veranstaltung erweckt, dass er also die Unterstellungselemente der öffentlichen Ankündigung und der besonderen, sonst nicht gewährten Vergünstigungen aufweist (vgl. AVO 1.1). Nun kennt aber die Geschäftspraxis Verkäufe, die reklamemässig auf bestimmte zeitliche oder wirtschaftliche Ereignisse wie Ostern, Weihnachten usw. Bezug nehmen oder Veranstaltungen, die mit besonderer Reklameaufmachung auf sachlich gerechtfertigte Gründe wie z. B. auf das Abstossen von Warenresten aufmerksam machen. Obwohl diese Verkäufe — die in der deutschen Rechtswissenschaft als Sonderveranstaltungen, bzw. Sonderangebote bezeichnet werden [34] — mit den Ausnahmeverkäufen verschiedenes gemeinsam haben, können sie nicht zum vorneherein den Bestimmungen der Verordnung unterstellt werden. — Als Beispiele solcher Veranstaltungen seien die Oster-, Pfingst- oder Weihnachtsverkäufe wie auch die Veranstaltungen anlässlich der Schweizerwoche, des Muttertags, der Kommunion oder Konfirmation angeführt, die regelmässig wiederkehrende, dem Publikum als solche bekannte Verkäufe sind. Bei diesen erwarten die Käufer keine besonderen, sonst nicht gewährten Vergünstigungen, zumal die Veranstaltungen mitten in die Saison fallen, und der Gewerbetreibende keine besonderen Kaufvorteile ankündigen muss, um das Publikum herbeizulocken. Somit ist eine Täuschungsgefahr gering und auch die Gefahr der Verwechslung mit den Ausverkäufen ist nicht zu befürchten. Trotzdem die Elemente der öffentlichen Ankündigung von Vergünstigungen und der kurzen Dauer objektiv gegeben sind, ist meines Erachtens von einer Unterstellung derartiger Verkäufe abzusehen. Anders ist der Fall dort, wo die Ankündigung sich nicht mit dem blossen Hinweis auf die zeitlichen Ereignisse und mit Wendungen wie „Weihnachtsverkauf", „Zum Muttertag", begnügt, sondern zu erkennen gibt, dass mit der Veranstaltung Vergünstigungen verknüpft sind. Wenn also ein Möbelgeschäft für Brautleute ein „Weihnachtssparangebot" ankündigt und diese ermuntert, sich die „grosse Chance" nicht entgehen zu lassen, muss dieses Sonderangebot als ein Ausnahmeverkauf qualifiziert werden [35]. — Zweifelhaft erscheint die

34) Vgl. *Mewes* 151 ff, insbes. 159 f, *Petzall* 98 ff.

35) Vgl. BGE 76 IV 187: „Das Inserat verwendet sie (die „grosse Chance")

Unterstellung der sogenannten Jubiläumsverkäufe, die in Erinnerung an das mehrjährige Bestehen einer Unternehmung durchgeführt werden. Der besondere Charakter dieser Veranstaltungen spricht für eine Ausnahme von der Unterstellung, denn solche Verkäufe werden üblicherweise nur innerhalb der Zeitabstände von 10, 25, 50, 75 oder 100 Jahren seit der Gründung des Geschäftes veranstaltet[36]; doch weisen die meist kurzbemessene Dauer dieser Verkäufe und die vorübergehende Abgabe ausserordentlicher Vergünstigungen auf die Absicht der Veranstalter hin, den Geschäftsgang zu beleben, weshalb derartige Jubiläumsveranstaltungen als typische Ausnahmeverkäufe angesehen und behandelt werden müssen. — Aus ähnlicher Überlegung können auch die Veranstaltungen, die Ausstellungszwecken dienen, den Ausnahmeverkäufen gleichgestellt werden, sofern die versprochenen „Provisionen" die Verbindung zum nachfolgend getätigten Verkauf darstellen. — Komplex ist die Frage der Unterstellung bei den Resten- und Restpaarverkäufen. Einerseits sind die Resten im Textilhandel und in den verwandten Branchen wie z. B. im Leder- und Gummiwarenhandel nicht leicht verkäuflich, weil die Verwendungsmöglichkeiten eines Restens oder „Coupons" gering sind; überdies besteht bei den Resten regelmässig eine Wertverminderung, die nicht so sehr auf ihre Demodierung, als vielmehr auf den Verlust des Zusammenhangs des Restens mit dem Ganzen zurückzuführen ist, wie das meistens bei Serienpaaren, insbesondere bei Restpaaren im Schuhhandel der Fall ist. Anderseits tritt eine Minderung der Verkäuflichkeit nicht nur bei den Resten, sondern auch

---

in Verbindung mit den Worten „Weihnachtssparaussteuern" und „Weihnachts-Sparangebote". Der Leser muss auf den Gedanken kommen, die Möbel-Pfister AG mache auf Weihnachten hin ein Sonderangebot, das günstiger sei als ihre üblichen Angebote, eben ein *Spar*angebot; wenn er von ihm Gebrauch mache, könne er Geld einsparen, das er sonst ausgeben müsste ... Im Inserat ist das Wort „Weihnacht" jedoch nicht auf die Verlobung, sondern auf die angebotene Ware bezogen; das Inserat spricht nicht von „Weihnachts-Brautleuten" oder „Weihnachts-Verlobungen", sondern von „Weihnachts-Sparaussteuern" und „Weihnachts-Sonderangeboten". So verwendet, gibt das Wort „Weihnacht" dem Inserat unverkennbar den Sinn eines zeitlich (und sachlich) begrenzten Sonderangebotes der Möbel-Pfister AG".

36) Das deutsche Recht lässt die Durchführung solcher Veranstaltungen, unter Vorbehalt gewisser Bedingungen, das ganze Jahr zu; vgl. *Mewes* 155, 160 f und *Baumbach*, Kom. 245/46. — Die AVO dagegen schweigt sich, mit Ausnahme der Sonderregelung in AVO 3.1b für die Genossenschaften, über diese Verkäufe aus. De lege ferenda wäre es jedoch wünschenswert, wenn der Verordnungsgeber die Jubiläumsveranstaltungen mit Rücksicht auf ihren besonderen Charakter wenigstens von den zweitlichen Beschränkungen ausnehmen würde.

bei anderen Artikeln ein, wenn sie aus der Mode kommen und zugleich die Auswahl kleiner wird. Gerade aus diesen Gründen werden nun aber Ausverkäufe veranstaltet. Der Resten- oder Restpaar-Verkauf ist deshalb nicht eine vom Ausverkauf oder Ausnahmeverkauf völlig verschiedene Veranstaltung, sondern qualifiziert sich als bewilligungspflichtiger Verkauf, wenn er in ausverkaufsmässiger Aufmachung angekündigt wird [37, 38]. — Diese Ausführungen gelten grundsätzlich auch für die Beurteilung der anderen, ausverkaufsähnlichen Veranstaltungen. Wenn es sich fragt, ob ein Ausnahmeverkauf vorliegt oder nicht, haben die rechtsanwendenden und richterlichen Behörden nicht auf die wirtschaftliche Natur des Verkaufs oder darauf abzustellen, ob der Gewerbetreibende in Wirklichkeit einen Ausnahmeverkauf durchführen wollte. Das spielt für die Frage der Unterstellung keine Rolle [39]. Wesentlich ist nur, welchen Eindruck eine Veranstaltung im Publikum hervorruft, d. h. ob das Publikum beim Lesen der Ankündigung den Eindruck erhält, beim Einkauf im ankündigenden Geschäft besondere, sonst nicht gewährte Vergünstigungen zu erhalten.

---

37) Das trifft etwa dann zu, wenn in der Ankündigung Ausdrücke wie „Restposten" gebraucht werden, da eine derartige Umschreibung auf einen beschränkten Warenvorrat hinweist. Dagegen sind Wendungen wie „Resten", „Reststücke", „Restpaare", „Einzelstücke" usw. zulässig.

38) Für den Entscheid darüber, ob ein Resten- oder Restpaarverkauf unter die AVO fällt, können die Grundsätze Aufschluss geben, die das BIGA, auf die Eingabe des schweizerischen Schuhhändlerverbandes, in einem offiziösen Kreisschreiben vom 1. März 1948 entwickelt hat; vgl. Ziff. 3 dieses Schreibens (zit. bei *Giger* 238): „a) *Resten- und Restpaarverkäufe ausserhalb der Ausverkaufszeit* sind in der Regel der Verordnung nicht unterstellt, es sei denn, sie würden in einer für Ausverkäufe kennzeichnenden Weise angekündigt. b) *Resten- und Restpaarverkäufe während der Ausverkaufszeit* sind in der Regel der Verordnung unterstellt. Ausnahmen von diesem Grundsatz rechtfertigen sich — aus rechtlichen wie praktischen Gründen — nur in folgenden Fällen: aa) Der Resten- oder Restpaarverkauf wird auch ausserhalb der Ausverkaufszeit mit einer gewissen Regelmässigkeit öffentlich angekündigt (z. B. durch Inserat oder Schaufensterauslage). bb) Die Ankündigung enthält einen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass auch ausserhalb der Ausverkaufszeit Resten oder Restpaare verkauft werden." — Diese Richtlinien stimmen mit dem Sinn der Verordnung überein und entsprechen auch der früheren Gesetzgebung und Praxis sowie der überwiegenden Meinung in der Literatur. Vgl. dazu BGE 53 I 195, nichtpubl. Entscheid aus dem Jahre 1943, in: Schweiz. Konsumverein 43 (1943), 534 sowie den Entscheid des aarg. Obergerichts vom 31. 3. 1951, in: Der Schuhhandel 33 (1951) 146 f; ferner *Frey* 78/79, *Germann*, Richtlinien 66, *Giger* 237 f, *Hindermann* 15, *Holzapfel* 27, *Mewes* 161 f, *Steckhan* 34/35.

39) Vgl. nichtpubl. Entscheid vom 29. 11. 1949 i. S. Wartmann g. Bern E 2 a. E., BGE 76 IV 185, 78 IV 126, 79 IV 141 f, 81 IV 195 f.

1. Abschnitt

VORAUSSETZUNGEN UND FOLGEN DER UNTERSTELLUNG EINER AUSVERKAUFSVERANSTALTUNG

1. Kapitel:

Der Geltungsbereich der Ausverkaufsverordnung

I. Allgemeines

1. Im ersten Abschnitt seines Erlasses bestimmte der Verordnungsgeber in positiver (AVO 1 und 2) und negativer Hinsicht (AVO 3), auf welche Verkaufsveranstaltungen seine straf- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften Anwendung finden. Unterstellt sind die Total-, Teil- und Saisonausverkäufe sowie die Ausnahmeverkäufe (AVO 2), während die Bestimmungen der Verordnung nicht anwendbar sind auf die Verkaufsveranstaltungen für leicht verderbliche Lebens- und Genussmittel, die Verkaufsveranstaltungen von Genossenschaften oder ähnlichen Organisationen sowie die behördlich angeordneten Verwertungen (AVO 3). Die unterstellten Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe werden als „Veranstaltungen des Detailverkaufes" umschrieben, „bei denen dem Käufer durch öffentliche Ankündigung in Aussicht gestellt wird, dass ihm vorübergehend besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte Vergünstigungen zukommen werden" (AVO 1.1).

Im Gegensatz zum früheren kantonalen Recht sind nicht nur die *Räumungsverkäufe*, sondern auch die Belebungs- oder *Ausnahmeverkäufe* der Verordnung unterstellt. Das ist eine wichtige Neuerung des geltenden Rechts. Diese Ausdehnung des Geltungsbereichs erfolgte vor allem deshalb, weil bei den Veranstaltungen, durch die vorübergehend eine besonders günstige Kaufgelegenheit angeboten wird, die Gefahren der Täuschung und Übervorteilung des Publikums zum mindesten ebenso gross sind wie bei den eigentlichen Ausverkäufen. Wenn die Ausverkaufsordnung als wettbewerbspolizeiliche Regelung die Wahrung der Grundsätze von Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr und Wettbewerb bezweckt, musste sie auch diese Gefahren verhindern.

Aus gleichen Gründen wollte der Verordnungsgeber sodann nicht nur die Gefahren der sachlich gerechtfertigten Räumungsverkäufe verhindern, sondern auch die sogenannten Schleich- oder *Schwindelausverkäufe* einbeziehen, also jene Veranstaltungen, die im Publikum den Anschein eines ordentlichen Ausverkaufs erwecken, es aber in Wirklichkeit nicht sind. Denn es hiesse „den Zweck des Gesetzes geradezu umkehren, wollte man nur an die echten Ausverkäufe, bei denen tatsächlich die Absicht besteht, die auszuverkaufenden Waren nach Beendigung der Veranstaltung nicht mehr weiterzuführen, die gesetzlichen Ausverkaufsfolgen knüpfen und nur sie den gesetzlichen Beschränkungen unterwerfen" [1].

2. Obwohl die Verordnung die unterstellten Verkaufsveranstaltungen einzeln nennt und ihre gemeinsamen Merkmale in AVO 1.1 genau umschreibt, können sich bei der Auslegung der Bestimmungen des Geltungsbereichs oft Schwierigkeiten ergeben. Vor allem wird es den rechtsanwendenden Behörden zuweilen Mühe bereiten, zu entscheiden, ob z. B. eine ausverkaufsähnliche Veranstaltung, die ohne Bewilligung durchgeführt wird, die Elemente einer unterstellten Veranstaltung hat und demnach bewilligungspflichtig gewesen wäre. In solchen Zweifelsfällen ist in erster Linie auf die Wirkung der Reklame im Leserkreis abzustellen, also darauf, ob die *öffentliche Ankündigung* der Veranstaltung als solcher oder der ausserordentlichen Vergünstigungen im Publikum den Eindruck eines Sonderverkaufs erweckt. Der wirkliche Charakter des Verkaufs spielt für die Frage der Unterstellung eine untergeordnete Rolle. Ebensowenig kommt es darauf an, was der Ankündigende selbst bezweckt; für Zwei- oder Mehrdeutigkeiten muss er die Verantwortung tragen.

Wie noch zu zeigen ist, ist der Kernpunkt der Unterstellungselemente gemäss AVO 1.1 das öffentliche Inaussichtstellen der *Vergünstigung* und deren vorübergehende Gewährung. Denn mit dem öffentlich angekündigten Versprechen, besondere, sonst nicht gewährte Vergünstigungen zu verabfolgen, wird das Publikum zum Kauf der Waren angelockt und kann — weil es von den hinter der Ankündigung liegenden Geschäftsverhältnissen keine Kenntnis hat — in seiner Unwissenheit leicht ausgebeutet werden. Massgebend ist also der subjektive Eindruck solcher Ankündigungen auf das breite Publikum. Ob die versprochenen Vergünstigungen tatsächlich ge-

1) *Mewes* 75. Ähnlich *Frey* 25 und *Germann*, Richtlinien 52 ff.

währt werden, ist für die Frage der Unterstellung nicht entscheidend; wesentlich ist, dass sie *in Aussicht gestellt* werden [2].

Bei der Ermittlung des subjektiven Eindrucks, den eine Ausverkaufsreklame auf das Publikum bewirkt, ist auf die Verkehrsauffassung des in Frage stehenden Personenkreises abzustellen. Dabei ist ein Durchschnittsmassstab anzulegen sowohl für die Begabung der Leser oder Hörer der Reklame als auch für ihre Aufmerksamkeit [3]. In der Regel wird z. B. der Inseratenteil einer Zeitung sehr flüchtig überflogen; es werden gewöhnlich nur jene Teile der Reklame beachtet, die sofort in die Augen springen. Dies geht schon daraus hervor, dass die Reklametechnik immer mehr Gewicht auf den sogenannten Blickfang legt, womit dem Leser ein kurzer prägnanter Satz, eine auffallende Skizze eingeprägt werden soll. Vom Publikum darf man also kein eingehendes Studium der Ausverkaufsankündigung verlangen. Vielmehr muss die Unterstellungsbehörde diesem Blickfang besondere Aufmerksamkeit schenken, um den subjektiven Eindruck der Reklame auf das Publikum zu ermitteln [4].

II. Die einzelnen Unterstellungsmomente

AVO 1.1 definiert die Ausverkäufe und ähnlichen Veranstaltungen — entsprechend der Umschreibung in UWG 17.1 — als „Veranstaltungen des Detailverkaufs, bei denen dem Käufer durch öffentliche Ankündigung in Aussicht gestellt wird, dass ihm vorübergehend besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte Vergünstigungen zukommen werden". Ein bewilligungspflichtiger Ausverkauf oder Ausnahmeverkauf liegt also vor, wenn eine Veranstaltung des Detailverkaufs besondere Vergünstigungen, jedoch nur vorübergehend, in Aussicht stellt, und wenn dies öffentlich angekündigt wird. — Zu den einzelnen Kriterien ist folgendes zu sagen:

1. Das Erfordernis des *Detailverkaufs* ist aus dem Schutzgedanken der Regelung zu begreifen. Nicht der handelserfahrene Gewerbe-

---

2) EVD Erläut. N 2.e zu AVO 1. — Ebenso das BGer. in konstanter Praxis: BGE 38 I 72, 433, 46 I 332, 52 I 289, 53 I 197, nichtpubl. Entscheide v. 2. 5. 1941 i. S. Jelmoli AG g. Zürich und v. 29. 11. 1949 i. S. Wartmann g. Bern, 76 IV 185, 78 IV 125, 81 IV 194 f; ferner *Frey* 77, *Giger* 236 f, VEB 21 (1951) 173, SJZ 39 (1942/43) 26, 48 (1952) 239.

3) BGE 76 IV 185/86, 78 IV 125 f und SJZ 48 (1952) 239.

4) Vgl. SJZ 48 (1952) 239; allgemein darüber *Mewes* 63 ff, *Steckhan* 23f, 29 ff.

treibende, sondern das warenunkundige Publikum soll in erster Linie geschützt werden, das am meisten den Missbräuchen im Ausverkaufswesen ausgesetzt ist [5]. Sodann ist auch zu bedenken, dass das Phänomen des Ausverkaufs im Grosshandel selten oder nicht in dieser Art vorkommt.

Unter Detailverkauf ist jegliche entgeltliche Warenveräusserung in einer Form und zu Bedingungen zu verstehen, wie sie für den Verkauf an den letzten Verbraucher üblich sind, d. h. ohne die für Wiederverkäufer und gewerbsmässige Verarbeiter üblichen Kaufvorteile wie z. B. Rabatte und dergleichen [6]. Wie der Käufer die erstandenen Güter verwertet, ob er die Ware tatsächlich verbraucht oder sie unverändert oder verarbeitet weiterverkauft, spielt dabei keine Rolle. Sodann kommt es nicht auf die Natur der Ware an. Auch die Möbel- oder Kleiderlieferung, bei der auf Bestellung sowohl das Material als auch die Arbeitsleistung erbracht werden, stellt einen Detailverkauf dar, obwohl rechtlich ein Werklieferungsvertrag vorliegt [7]. Der Begriff des Detailverkaufs setzt also auch nicht einen Kaufvertrag nach Art. 184 ff OR voraus.

Im Sinne dieser Ausführungen kommen als *Detailverkäufer* alle jene Gewerbetreibenden in Betracht, die mit den Konsumenten in unmittelbarem Verkehr stehen. Unerheblich ist dabei, ob der Detailverkäufer im Handelsregister als Kaufmann eingetragen ist; auch Gelegenheitsverkäufer sind Detailverkäufer [8]. Ebensowenig spielen die Betriebsform, Ladeneinrichtungen oder der Umfang der Unternehmung eine Rolle. Ob der Gewerbetreibende vorwiegend als Detaillist, Grossist oder Fabrikant auftritt, ist für die Eigenschaft als Detailverkäufer im Sinne der Verordnung belanglos, denn Grossisten und Fabrikanten, die ausnahmsweise an den letzten Verbraucher verkaufen, sind in bezug auf diese Veranstaltung Detailverkäufer und unterstehen, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, den Ausverkaufsbestimmungen [9]. Die Veranstaltung von Ausverkäufen und

---

5) BGE 38 I 73, 42 I 263; ebenso *Clad* 54 f, *Frey* 60 f, *Germann*, Richtlinien 67, *Mewes* 65f.

6) *Hindermann* 12. — In diesem Sinne auch *Frey* 60 ff, Handbuch der Schweiz. Volkswirtschaft, Bern 1939, II 27, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena 1923 (4.A.) V 24 f sowie VEB 23 (1953) Nr. 95 u. 96.

7) *Giger* 234.

8) Vgl. BGE 46 I 328 ff (Ausverkauf von amerikan. Heeresgut in einem Gasthof).

9) BGE 79 IV 141 f. — Vgl. auch den Entscheid des Reg.-Rates von Basel-stadt v. 30. 12. 1952 in: ZBl 54 (1953) 200 ff.

Ausnahmeverkäufen ist somit nicht allein den regulären Detailgeschäften vorbehalten [10].

Als *Gegenstand* des Verkaufsgeschäftes ist handelsübliche Ware aller Art geeignet wie Haushaltungsgegenstände, Textilien, Möbel (BGE 76 IV 182 ff), Schuhe, Uhren usw. Dagegen sind Verpackungsmaterial und Artikel, die nur als Zubehör oder zwecks Ausbesserung der eigentlichen Verkaufsware Verwendung finden, keine Waren im Sinne der Verordnung; ebensowenig Immobilien, Rechte, elektrische Energie usw., die in anderer Weise veräussert werden. Aus gesundheits- oder sittenpolizeilichen Gründen können sodann Waren wie z. B. Waffen, Gifte, unsittliche Schriften (StGB 204), gebrannte Wasser, Edelmetalle, Tabakwaren usw. [11] nicht in den Ausverkauf gebracht werden. Schliesslich ist kraft ausdrücklicher Bestimmung der Verkauf leicht verderblicher Lebens- und Genussmittel von der Unterstellung ausgenommen (vgl. AVO 3.1a).

2. Viel wichtiger als das genannte Unterstellungselement ist dasjenige der Ankündigung der Veranstaltung und die damit bezweckte Inaussichtstellung der besonderen Vergünstigungen, weil das Publikum regelmässig durch reklamehafte Anpreisungen irregeführt wird. Um die Käufer anzulocken, müssen die Kaufvorteile öffentlich angekündigt werden, denn im gegenteiligen Fall werden sich die Gefahren, denen der Gesetzgeber zu begegnen versucht, kaum bemerkbar machen.

Die *Öffentlichkeit der Ankündigung* ist dann gegeben, wenn die Reklame für einen grösseren Kreis von Personen bestimmt ist [12]. Wie weit sich dieser Kreis von Personen ausdehnt, hängt zum Teil vom

---

10) BGE 81 IV 194: „Die AO sagt nicht, sie gelte nur für Leute, die in der Regel mit Waren der angekündigten Art Handel treiben. Vor allem entgeht ihr nicht, wer inskünftig mit solchen Waren ‚in der Regel' oder sogar überhaupt nicht mehr handeln will. Das ergibt sich deutlich aus Art. 2 Ia und b, wonach insbesondere gerade der unter die VO fällt, der den Verkauf durchführt, weil er sein Geschäft oder einzelne Warengattungen oder Verkaufsabteilungen aufgeben will. Der VO entgeht aber auch nicht, wer bisher noch nie oder nur gelegentlich Waren der angekündigten Art verkauft hat."

11) Vgl. Art. 39 ff des BG über die gebrannten Wasser v. 21. 6. 1932 (AS 48, 425), BG über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen u. Edelmetallwaren v. 20. 6. 1933 (AS 50, 345), Art. 94.6 der VO über die fiskalische Belastung des Tabaks v. 30. 12. 1947 (AS 63, 1418).

12) DUWG 7.1 unterscheidet zwischen „öffentlicher Bekanntmachung" und „für einen grösseren Kreis von Personen bestimmter Mitteilung". Diese Differenzierung hat m. E. nur dogmatischen Wert, denn in ihrer rechtlichen Behandlung sind sich die beiden Arten gleichgestellt.

Umfang, zum Teil von der Durchschlagskraft der Ankündigung ab. Dagegen ist es für das Moment der Öffentlichkeit unerheblich, mit welchen Mitteln, ob mit Presse, Radio oder mit Werbebriefen angekündigt wird (AVO 1.2). So kann ein Geschäft seine Veranstaltung durch Presse und Radio im ganzen Land herum ankündigen und damit an eine unbeschränkte Anzahl von Personen gelangen. Die Ankündigung ist dann als öffentlich anzusehen, wenn sie von unbestimmt welchen und wievielen Personen wahrgenommen werden kann. Anderseits ist eine Ankündigung an einen bestimmten Kundenkreis denkbar, etwa an Stammkunden oder Mitglieder eines Vereins; mittels klug abgefasster Werbebriefe kann die Wirkung erreicht werden, dass sich die Veranstaltung „herumspricht", d. h. dass durch persönliche Reklame der Stammkunden der Personen-, bzw. Käuferkreis bedeutend erweitert und damit der gleiche Erfolg erzielt wird, wie mit der Ankündigung durch Presse und Radio [13]. Wenn es sich also fragt, ob eine Ankündigung öffentlich sei, ist auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch einen unbestimmten Personenkreis abzustellen.

Der *Ort* der Reklamebeeinflussung kann in- oder ausserhalb der Geschäftsräume liegen. Zwar ist die Öffentlichkeit vornehmlich in Bekanntmachungen ausserhalb des Geschäftes, also in der Presse oder in den Schaufensterauslagen gegeben. Doch wird man auch eine Ankündigung im Innern des Geschäftslokals als eine öffentliche bezeichnen dürfen, wenn sie von jedermann zur Kenntnis genommen werden kann; dies trifft für Warenhäuser, insbesondere deren Parterre-Räume zu, wo täglich Tausende von Personen ein- und ausgehen [14].

3. Der Grund, dass das Publikum mit der blossen Ankündigung einer Ausverkaufsveranstaltung zum Einkauf veranlasst werden kann, liegt darin, dass es bei diesem Einkauf regelmässig besondere Kaufvorteile erwartet; das deshalb, weil es darum weiss, dass der Kaufmann seine Preise herabsetzen oder sonstige Vergünstigungen in Aussicht stellen muss, um Gewähr für eine beschleunigte und

13) Die Tatsache, dass ein solches Zirkular eine grössere Werbewirkung erreichen kann als z. B. ein Inserat, hat das BGer. schon früh erkannt, vgl. BGE 48 I 287. Gl. A. *Frey* 76, *Germann*, Richtlinien 70 N 69, während EVD Erläut. N 2.b zu AVO 1 den Werbebrief als für öffentl. Ankündigungen untauglich erklären.

14) *Giger* 234; ebenso *Frey* 76/77 und *Hindermann* 19/20. A. A. *Germann*, Richtlinien 70.

gleichmässige Räumung aller oder eines bestimmten Teiles seiner Waren zu haben. Da das Publikum diese Vorstellung nicht nur mit der Durchführung eines Ausverkaufs, sondern auch mit derjenigen eines Ausnahmeverkaufs verbindet, und die Gefahr besteht, dass es dabei getäuscht werden kann, hat der Verordnungsgeber das Inaussichtstellen einer besonderen *Vergünstigung* als notwendiges Unterstellungselement sowohl für Ausverkäufe wie für Ausnahmeverkäufe erachtet.

Hauptziel der Inaussichtstellung (und Gewährung) einer Vergünstigung ist die Anregung der Kauflust. Diese wird z. B. erreicht, wenn beim Einkauf von Waren eine erhebliche *Preisermässigung* versprochen wird. Die Preisermässigung kann die Abwendung einer Auslage bedeuten, die dem Empfänger sonst erwachsen wäre [15]. Auch die Abgabe eines „Geschenkes" kann sich als Vergünstigung erweisen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese sogenannten Lockvögel wie Kinderballons, Bleistifte, Kalender usw. meist Artikel sind, die man in den Geschäften, welche sie gratis verabfolgen, nicht käuflich erwerben kann; dadurch, dass sie bedingungslos, d. h. ohne dass etwas gekauft werden muss, abgegeben werden, wird die Gefahr der Übervorteilung des Publikums ausgeschlossen, und eine Unterstellung unter die Verordnung wäre hier sinnlos [16, 17].

Häufig erscheint die Vergünstigung in der Form einer *Zugabe:* darunter versteht man alle vermögenswerten Zuwendungen, die neben der Hauptware oder -leistung gewährt werden [18]. Die Zugaben können in Form einer Ware, z. B. eines Teppichs beim Kauf von Möbeln, oder einer sonstigen Leistung, z. B. in Form von unentgeltlichen Auskünften oder Ratschlägen, verabfolgt werden. Bei der Gewährung von Zugaben sind in Handelskreisen zwei Systeme, die sich allerdings in ihrem Endzweck decken, üblich: Entweder werden den Waren Zugaben bzw. Geschenke beigepackt oder es werden Gutscheine ausgegeben, die nach einer gewissen Sammelzahl Anspruch auf einen bestimmten Natural- oder Barersatz gaben.

---

15) BGE 39 I 324, 76 IV 187.

16) Ebenso *Germann,* Richtlinien 66 und *Giger* 235/36.

17) Von den Lockvögeln sind die sog. Lockartikel zu unterscheiden; d. s. tatsächlich billige Waren, die mit Verlust verkauft werden, mit dem Zweck, dass der Käufer unter dem Eindruck des billigen Lockartikels alle möglichen anderen Waren einkauft, die entsprechend höher im Preise stehen. Allgemein darüber *Petzall* 103 f. — Hier ist eine Unterstellung am Platz, besonders weil das System der Abgabe von Lockartikeln dem Gebot der Warenaussonderung (AVO 12) zuwiderläuft.

18) *Baumbach,* Nachtrag 32. Allgemein darüber *Bundesmann* 3 ff.

Als weitere Vergünstigungsart kommt die Abgabe von *Losen* in Betracht, weil dem Käufer damit eine Gewinnchance geboten wird [19]. Ebenso stellt die vorübergehende Gewährung von besonderen *Rabatten* eine Vergünstigung dar.

Bei aller Differenzierung der Vergünstigungsarten muss man sich immer vor Augen halten, dass diese Vergünstigungen in der Regel doch nur Mittel sind, um Kunden anzulocken. An sich kommt es, rein rechnerisch gesehen, auf dasselbe hinaus, ob der Käufer einen Gegenstand zum Preise von Fr. 9.— erwirbt, oder ob ihm dafür Fr. 10.— in Rechnung gestellt werden unter gleichzeitiger Einräumung eines Preisnachlasses von zehn Prozent; nur erhält der Käufer im zweiten Fall den Eindruck, günstiger eingekauft zu haben als beim Einkauf zu normalen Preisen. Bei der Frage der Unterstellung hat man deshalb den objektiven Tatbestand, z. B. die Preisermässigung, vom subjektiven Standpunkt des Käufers aus zu beurteilen. Mit anderen Worten kommt es lediglich darauf an, ob der Käufer bei der Ankündigung den Eindruck erhält, besonders günstig einkaufen zu können und nicht darauf, ob die versprochenen Vergünstigungen tatsächlich gewährt werden.

4. Die blosse Ankündigung einer Vergünstigung, z. B. eines niedrigen Preises, genügt für sich allein nicht. Vielmehr verlangt der Verordnungsgeber in AVO 1.1 darüberhinaus eine *besondere, vom Verkäufer sonst nicht gewährte Vergünstigung*. Nach einem neuen Entscheid des Bundesgerichtes sind damit „Vergünstigungen gemeint, die in Zukunft vom Verkäufer nicht mehr eingeräumt werden, sei es, weil er alsdann überhaupt Waren der betreffenden Art nicht mehr verkaufen will" — was beim Total-, bzw. Teilausverkauf der Fall ist —, „sei es, weil er die Verkaufsbedingungen" — z. B. nach durchgeführtem Saisonausverkauf — „zu erschweren beabsichtigt" [20]. Wesentlich ist also der vorübergehende Charakter der Vergünstigung. Deshalb ist die Ankündigung einer dauernd gewährten Vergünstigung, selbst wenn sie wertmässig noch so hoch ist, keine solche einer unterstellungspflichtigen Veranstaltung.

Das besondere an der Vergünstigung ergibt sich also nicht aus dem Vergleich zwischen der jahresüblichen Kalkulation des Verkäufers und seinen (niedrigeren) Ausverkaufsbedingungen. Denn die Käufer werden nicht dadurch angelockt, „dass ihnen vor Augen

19) Vgl. dazu *Giger* 235.
20) BGE 81 IV 194/95.

geführt wird, sie könnten nun günstiger einkaufen als bisher, sondern dadurch, dass ihnen der Verkäufer vorträgt, sie könnten später nicht mehr so günstig einkaufen wie jetzt. Die Vergleichung mit der Zukunft, nicht mit der Vergangenheit, interessiert die Käufer" [21]. Würde man nämlich auf den Vergleich zwischen der jahresüblichen Preisgestaltung und den Verkaufsbedingungen z. Z. des Ausverkaufs abstellen, so könnte man bei den Vergünstigungen eines Veranstalters, der erstmals Waren der angekündigten Art absetzt, nicht sagen, er habe besondere, sonst nicht gewährte Vergünstigungen in Aussicht gestellt, und dementsprechend wäre seine Veranstaltung auch nicht bewilligungspflichtig. Das kann aber nicht der Sinn der Verordnung sein.

Zahlreiche Wendungen der Ausverkaufsreklame machen direkt auf eine zeitliche Beschränkung — sei es der Veranstaltung als solcher, sei es der Vergünstigung — aufmerksam: „Dieses Inserat erscheint nur dreimal", „Reklameverkauf in Geschirrwaren vom Anfang Juni 1937" (nichtpubl. Entscheid v. 19. 11. 1937 i. S. Hermann g. Graubünden), „Weihnachts-Sparangebote" (BGE 76 IV 187), „Jubiläumswoche", „Mein Sonderrabatt von 10 % bis nächsten Samstag" usw. — Auch der Hinweis auf die geschäftsüblichen Abschlusszeiten lässt den vorübergehenden Charakter erkennen: „Sommerende" (nichtpubl. Entscheid v. 2. 5. 1941 i. S. Jelmoli AG g. Zürich), „Herabgesetzte Saisonmodelle" (nichtpubl. Entscheid v. 30. 11. 1934 i. S. Amberg g. Graubünden), „Vor der Inventuraufnahme", „Noch gut erhaltene Winterartikel" usw. — Recht zweckdienlich ist auch der Hinweis auf die Notwendigkeit raschen Absatzes: „Wegen verspäteter Lieferung", „Wegen Platzmangels", „Wegen Umbaues" usw.

Als Sonderfall einer vorübergehenden, besonders günstigen Kaufgelegenheit ist der Hinweis auf einen beschränkten Warenvorrat anzusehen, sofern durch Angaben verhältnismässig geringer Mengen und durch Zusätze günstiger Verkaufsbedingungen der Eindruck erweckt wird, dass ein rascher Zugriff nötig sei: „Solange Vorrat" (nichtpubl. Entscheid v. 29. 11. 1949 i. S. Wartmann g. Bern), „Infolge der Beschränktheit der im Katalog zusammengestellten Waren bitten wir die Kundschaft, uns ihre Bestellung sobald als möglich zu übermitteln" (BGE 48 I 287), „1 000 Dutzend Handtücher zu nur Fr. 1.75" (BGE 78 IV 125), „Zirka 25 000 Meter schöne, moderne

21) BGE 81 IV 195; ähnlich 78 IV 126.

Stoffe" in Verbindung mit „Interessantes Angebot!" (BGE 81 IV 195). — In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch die Ankündigung von „Occasionen" als solche einer ausverkaufsähnlichen Veranstaltung gewertet werden kann. Das lässt sich nicht von vorneherein bejahen. Denn der Ausdruck Occasion ist unbestimmt und hat durch seine ständige Verwendung viel von seiner ursprünglichen Bedeutung als Ankündigung von günstig eingekauften, aber beschränkten Warenvorräten, die nicht beliebig ergänzt werden können, verloren [22]. Sollte aber der Ausdruck Occasion mit Angaben wie „Extrapreise", „seltene Gelegenheit" [23] usw. verbunden werden, so ist das Unterstellungserfordernis einer zeitlich beschränkten Vergünstigung zweifellos erfüllt [24].

Schliesslich kann der vorübergehende Charakter der Vergünstigung auch aus dem tatsächlichen Verhalten des Gewerbetreibenden ersichtlich sein; durch das besondere Herrichten seiner Geschäftsräumlichkeiten (Schaufenster, Auslegetischchen, gelbe Anschriften usw.) und durch seine intensive Reklametätigkeit will er den Kunden und sonstigen Käufern beweisen, dass seine Veranstaltung etwas Einmaliges sei und diese Gelegenheit auch für die künftigen voraussichtlichen Bedürfnisse benützt werden müsse.

III. Ausnahmen von der Unterstellung

1. Im voranstehenden wurde verschiedentlich angedeutet, dass nicht alle Verkaufsveranstaltungen, die etwelche Ähnlichkeiten mit den Ausverkäufen oder Ausnahmeverkäufen haben, den zum Teil recht strengen Bestimmungen der Verordnung unterstellt werden können. So weit konnte und wollte der Verordnungsgeber nicht gehen. Deshalb hat er in AVO 3.1 bestimmt, dass die Verkaufsveranstaltungen für leicht verderbliche Lebens- und Genussmittel (AVO 3.1a), gewisse Veranstaltungen von Genossenschaften und ähnlichen

22) *Frey* 78.

23) Vgl. nichtpubl. Entscheid v. 29. 11. 1949 i. S. Wartmann g. Bern, E 2: „Schon das Wort ‚Gelegenheit' bezeichnet das Angebot als etwas Ausnahmsweises, etwas, das nach einer gewissen Zeit dahinfalle, und die Beifügung ‚selten' hebt den Ausnahmecharakter noch mehr hervor, indem sie betont, dass die Gelegenheit nicht regelmässig wiederkehre, sich nur unter ganz ungewöhnlichen Voraussetzungen biete."

24) Ebenso BGE 53 I 195.

Organisationen (AVO 3.1b) und die behördlich angeordneten Verwertungen, insbesondere im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren sowie bei amtlichen Erbschaftsliquidationen (AVO 3.1c) nicht unter den Geltungsbereich der Verordnung fallen. Ebenso sind die Veranstaltungen des Markt- und Hausierverkehrs, des Wanderhandels sowie die freiwilligen öffentlichen Versteigerungen ausgenommen (AVO 3.2).

Bei den verschiedenen Tatbeständen, auf welche die Bestimmungen der Verordnung nicht anwendbar sind, handelt es sich teilweise um *echte*, teilweise um *unechte Ausnahmen* von der Unterstellung. Eine echte Ausnahme liegt dann vor, wenn bei einer Verkaufsveranstaltung die Voraussetzungen der Unterstellung erfüllt wären, die Veranstaltung aber durch ausdrückliche Sonderbestimmung der AVO von der Unterstellung ausgenommen ist. Solche echte Ausnahmen sind die in AVO 3.1a und b genannten Veranstaltungen für leicht verderbliche Lebens- und Genussmittel sowie die Veranstaltungen der Genossenschaften oder ähnlichen Organisationen. Von unechten Ausnahmen ist dann die Rede, wenn entweder die Voraussetzungen der Unterstellung gemäss AVO 1.1 nur teilweise oder überhaupt nicht vorliegen, und solche Veranstaltungen deshalb ausgenommen sind, oder dann, wenn die Voraussetzung der Unterstellung wohl gegeben wären, solche Veranstaltungen aber bereits durch andere gesetzliche Erlasse geordnet sind. Zur ersten Gruppe unechter Ausnahmen kann man beispielsweise die als Werbetage oder -woche bezeichneten Veranstaltungen rechnen, weil hier nicht Waren, sondern handwerkliche Leistungen angeboten werden, während unter die zweiterwähnte Gruppe die in AVO 3.2 angeführten Veranstaltungen fallen.

2. *Rechtlich* bedeutet die Ausnahme von der Unterstellung, dass die Bestimmungen der Verordnung auf die ausgenommenen Veranstaltungen nicht angewendet werden dürfen. Aus diesem Grunde muss für die Durchführung der nichtunterstellten Verkäufe keine Ausverkaufsbewilligung eingeholt werden. Sodann sind namentlich die Bestimmungen über die Ankündigung nicht anwendbar; eine ausgenommene Veranstaltung dürfte also ohne weiteres als „Ausverkauf" angekündigt werden; der ankündigende Geschäftsmann muss jedoch gewärtigen, nach den Vorschriften von UWG 1 und 13 belangt zu werden, wenn er — was der Normalfall sein wird — mit seiner Veranstaltung in den Wettbewerb tritt und dabei gegen die Grund-

sätze von Treu und Glauben verstösst. Zur Abklärung der Frage, ob eine unlautere Handlung im Sinne von UWG 1.2b und 13.b vorliegt oder nicht, werden die Gerichte mit Vorteil die Bestimmungen der Verordnung wie etwa AVO 2.3, 14.2, 15 beiziehen.

Trotz unserer Feststellung, dass die Vorschriften der Verordnung nicht auf die in AVO 3 ausgenommenen Veranstaltungen anwendbar sind, haben gewisse Kantone für Verkaufsformen, die nicht unter die Verordnung fallen, ähnliche oder sogar inhaltlich gleiche Bestimmungen erlassen. Vergleiche dazu die Normen über die freiwilligen öffentlichen Versteigerungen, bzw. Wanderlager in den Kantonen Zug (G 18), Appenzell A.-R. (VV 6), Graubünden (AB 1) und Aargau (VV 4).

3. Wie gesagt, fallen die Veranstaltungen des Markt- und Hausierverkehrs, des Wanderhandels und die freiwilligen öffentlichen Versteigerungen unter die Gruppe *unechter Ausnahmen*. Unecht ist die Ausnahme von Veranstaltungen des Markt- und Hausierverkehrs sowie des Wanderhandels, weil diese Handelsarten bereits eingehend im kantonalen Recht geregelt wurden [25]. Der Vorbehalt in AVO 3.2 zugunsten der gewerbe- und handelspolizeilichen Vorschriften der Kantone wäre deshalb nicht nötig gewesen und hat entsprechend demjenigen in UWG 22 rein deklaratorische Bedeutung. Unecht ist aber auch die Ausnahme der freiwilligen öffentlichen Versteigerungen, die üblicherweise von Ladengeschäften, wo mit Antiquitäten, Kunstgegenständen oder Briefmarken gehandelt wird, durchgeführt werden. Da bei der Versteigerung nicht der Verkäufer, sondern der Käufer den Preis der Ware bestimmt [26], können naturgemäss dem Käufer keine besonderen, sonst nicht gewährten Vergünstigungen in Aussicht gestellt werden. Überdies wäre die Einbeziehung der Versteigerungen schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Steigerer das Risiko einer Täuschung freiwillig eingehen und als Sachverständige keinen besonderen Schutz wie das leichtgläubige Publikum nötig haben [27].

---

25) Da ein Eingehen auf diese Erlasse über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausginge, beschränken wir uns auf folgende Literaturangaben: BBl 94 (1942) 675, *Burckhardt*, Kom. 238 ff, *Germann*, Vorarbeiten 95 ff; vgl. ferner die Monographien von *Haefely* Ernst, Die Gewerbepolizei nach kantonalem soloth. Recht, Freiburger Diss. 1927, 51 ff, 106 f, *Huber* Eugen, Das Wandergewerbe im schweiz. Recht, Basler Diss. 1946, und *Luder* Ulrich, Der Hausierhandel im schweiz. Recht, Zürcher Diss. 1945.

26) Vgl. OR 229 ff, insbes. 230.1. Vgl. auch *Baumbach*, Kom. 192.

27) Ebenso EVD Erläut. N 4.1 zu AVO 3. — Im deutschen Recht sind die Versteigerungen vor allem wegen der Täuschungsgefahr den Ausverkäufen gleichgestellt; vgl. *Mewes* 135 ff.

Unter die Ausverkaufsverordnung fallen auch nicht die behördlich angeordneten Verwertungen (AVO 3.1c). Die Voraussetzungen und das Verfahren der Zwangsverwertung sind im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht abschliessend geregelt. Der Verordnungsgeber konnte und wollte daran nichts ändern.

Endlich ist eine unechte Ausnahme in der Verordnung über die fiskalische Belastung des Tabaks vom 30. Dez. 1947 (AS 63, 1418) vorgesehen, wonach die Oberzolldirektion über die Zulässigkeit eines Ausverkaufs (oder Ausnahmeverkaufs) von Tabakwaren entscheidet [28].

4. Eine *echte Ausnahme* liegt dann vor, wenn bei einer Verkaufsveranstaltung die Voraussetzungen der Unterstellungen erfüllt wären, die Veranstaltung aber durch ausdrückliche Sonderbestimmung der AVO von der Unterstellung ausgenommen ist. Derartige Sondervorschriften stellen AVO 3.1a (Verkaufsveranstaltungen für leicht verderbliche Lebens- und Genussmittel) und 3.1b (Verkaufsveranstaltungen von Genossenschaften oder ähnlichen Organisationen) dar.

a) Die Verkäufe leicht verderblicher Lebens- und Genussmittel (AVO 3.1a) sind nicht deshalb unterstellt, weil solche Waren jeweils sofort abgestossen werden müssen. Müsste zuerst ein Bewilligungsverfahren durchgeführt werden, so würden diese Waren zugrunde gehen und unverkäuflich werden [29]. Aus dem nämlichen Grunde wäre die Anwendung der zeitlichen Beschränkungen (AVO 9 ff) unangebracht. Sodann besteht z. B. im Früchte- und Gemüsehandel kaum die Gefahr eines das Publikum täuschenden und gegen Treu und Glauben verstossenden Verhaltens.

Als leicht verderbliche Lebensmittel gelten vor allem landwirtschaftliche Erzeugnisse. Darunter sind auch Schnittblumen zu rechnen, die jedoch den Charakter von Genussmitteln haben. Dagegen sind meines Erachtens die Kosmetika nicht zu den leicht verderblichen Genussmitteln zu zählen.

---

28) Vgl. Art. 94.6 der VO: „Ausverkäufe und Liquidationen sind mindestens 20 Tage vor ihrem Beginn der Oberzolldirektion anzumelden. Gleichzeitig ist ihr ein Verzeichnis der Tabakfabrikate einzureichen, die im Ausverkauf oder in der Liquidation abgesetzt werden sollen. Das Verzeichnis hat die Marken und für Inlandfabrikate auch die Bezeichnung des Herstellers sowie für jede einzelne Marke die vorrätige Stückzahl und den für die Verwertung angesetzten Kleinhandelspreis anzugeben. Die Oberzolldirektion entscheidet über die Zulässigkeit der beabsichtigten Verwertung und setzt die Bedingungen hiefür fest."

29) Aus diesem Grunde wurden derartige Verkäufe schon im früheren kantonalen Recht wie z. B. in Bern (G 35.5), Freiburg (R 61), Schaffhausen (G 29.3) und Tessin (G 7.2) von der Unterstellung ausgenommen.

b) Schliesslich sind die Verkaufsveranstaltungen der Genossenschaften oder ähnlicher Organisationen ausgenommen, die während den Ausverkaufszeiten gemäss AVO 9.2 oder an einzelnen Jubiläumstagen, z. B. am internationalen Genossenschaftstag, durchgeführt werden. Für die Ausnahme von der Unterstellung ist ausser diesen zeitlichen Beschränkungen erfordert, dass die Veranstaltungen in ausschliesslich für die Genossenschafter bestimmten Bekanntmachungen angekündigt werden [30] und dass die dabei „vorübergehend in Aussicht gestellte Vergünstigung in einer erhöhten Rückvergütung an die Mitglieder besteht, die erst nach Schluss des Geschäftsjahres ausbezahlt wird" (AVO 3.1b).

Die Ausnahme der genossenschaftlichen Veranstaltungen von der Unterstellung wurde vor allem mit Rücksicht auf das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis der Genossenschaft zu ihren Mitgliedern begründet [31]. Denn die Kunden der genossenschaftlichen Detailgeschäfte sind in der Regel Mitglieder der Genossenschaft und haben als solche einen Anspruch auf Gewährung einer Rückvergütung, d. h. auf eine Quote am jährlichen Gewinn, den die Genossenschaft nach Massgabe der Statuten oder des Obligationenrechts am Schluss des Geschäftsjahres verteilt (OR 859). Wenn es nun dank kluger Kalkulation möglich ist — so wurde weiter gefolgert —, den Mitgliedern schon während des Geschäftsjahres einen zum voraus errechneten Prozentsatz von Rückvergütungen zu versprechen, und diese Ankündigung nur an die Genossenschafter gerichtet ist und nur in für sie bestimmten Organen erscheint, so sei das keine öffentlich angekündigte Vergünstigung im Sinne von AVO 1.1 und es liege demnach keine ausverkaufsähnliche Veranstaltung vor [32].

Die Begründung dieser Ausnahme hält einer sachlichen Kritik nicht stand. Tatsächlich stehen die (Konsum-) Genossenschaften mit

---

30) Das kann durch die Publikation im „Genossenschaftlichen Volksblatt" geschehen, vorausgesetzt, dass dieses nicht ‚gestreut' wird. Unzulässig ist m. E. das Inserieren in anderen als genossenschaftlichen Publikationsorganen, auch wenn das Inserat deutlich hervorhebt, dass nur Mitglieder der angekündigten Vergünstigung teilhaftig werden. — A. A. *Giger* 238/39 und die zürcherische Bewilligungspraxis, vgl. Der Schuhhandel 32 (1950) 429 f. In unserem Sinne VEB 21 (1951) 173/74.

31) Vgl. Sten Bull 1935 NR 361 und EVD Erläut. N 2.1 zu AVO 3.

32) In diesem Sinne die kant. Gerichtspraxis in den Entscheiden des Appellationsgerichts Baselstadt v. 25. 3. 1931 (in: Schweiz. Konsumverein 31 [1931] 205), des Solothurner Obergerichts v. 21. 9. 1932 (in: Schweiz. Konsumverein 32 [1932] 621) und des Aargauer Obergerichts v. 26. 10. 1934 (in: Schweiz. Konsumverein 34 [1934] 594).

dem übrigen Detailhandel im wirtschaftlichen Wettbewerb. Nach eigener Aussage stellen sie doppelte Rückvergütungen deshalb in Aussicht, um ihren Mitgliedern „in den Zeiten der grossen Ausverkäufe des Privathandels etwas besonderes zu bieten und auch um bestimmte der Mode unterworfene Artikel flüssiger abzusetzen". Daneben bezwecken sie den Erwerb neuer Kunden als Mitglieder, was ihnen nicht schwer fällt, da der Mitgliedschaftserwerb regelmässig von keinen grossen Formalitäten abhängig gemacht wird [33]. Wenn nun derartige Zwecke erreicht werden sollen, stellt das Versprechen doppelter Rückvergütung nichts anderes dar als das Inaussichtstellen einer besonderen, sonst nicht gewährten Vergünstigung. Aus diesem Grunde muss die Ausnahme der genossenschaftlichen Verkaufsveranstaltung als echte und ihrem Charakter nach als wirtschaftspolitische angesehen werden.

2. Kapitel:

Die Ausverkaufsbewilligung

I. Allgemeines

1. Sind die Voraussetzungen der Unterstellung — wie wir sie im voranstehenden Kapitel umschrieben haben — erfüllt, muss für die Durchführung einer Verkaufsveranstaltung eine polizeiliche Bewilligung eingeholt werden. Das ergibt sich aus AVO 4, wonach die unterstellten Veranstaltungen einer Bewilligung der zuständigen Behörde bedürfen.

Die Ausverkaufsbewilligung stellt eine *Präventivmassnahme* dar; sie erlaubt der Behörde sich zu vergewissern, ob die vom Verordnungsgeber aufgestellten Bedingungen für die gesetzmässige Durchführung eines Ausverkaufs wie namentlich die zeitlichen und sachlichen Beschränkungen (vgl. AVO 9 ff und 12 ff) eingehalten werden. Mit Hilfe der Bewilligung kann schon die Entstehung eines polizei-

33) Vgl. den Entscheid des Zürcher Obergerichts v. 28. 9. 1932 (in: SJZ 29 [1932/33] 382), wo die Unterstellungsfrage deshalb bejaht wurde, weil in concreto jede Person als Mitglied der Genossenschaft galt, welche deren Konsumeinrichtungen regelmässig besuchte. — Für die Unterstellung genossenschaftlicher Veranstaltungen sprach sich auch das Deutsche Reichsgericht aus (vgl. RGSt 63, 110), während sich das Bundesgericht mit der Andeutung des Fragenkomplexes begnügte, vgl. BGE 52 I 292, 53 I 195.

widrigen Zustandes verhindert werden. Dies geschieht vorzugsweise dann, wenn die der Behörde vorgelegte Ausverkaufsreklame die Absicht des Gewerbetreibenden zu erkennen gibt, eine Treu und Glauben widersprechende Veranstaltung durchzuführen; in diesem Falle ist die Bewilligung erst zu erteilen, wenn die beanstandete Polizeiwidrigkeit beseitigt ist. Das Institut erleichtert aber auch die nachfolgende Kontrolle durch die Behörde, indem die Einsichtnahme in die geschäftlichen Verhältnisse gewisse Anhaltspunkte über das ordentliche Geschäftsgebaren des Gewerbetreibenden liefert; so kann ein Kaufmann, der das ganze Jahr hindurch einen Geschäftsrabatt verabfolgt, der Behörde gegenüber nicht geltend machen, dieser Rabatt stelle nun die während einer Ausverkaufsveranstaltung erforderte besondere, sonst nicht gewährte Vergünstigung dar. Schliesslich trägt auch der Umstand, dass der Veranstalter sich kontrolliert fühlt, dazu bei, den von der Bewilligung erstrebten Präventivzweck wenigstens mittelbar zu erreichen.

2. Aus dem Umstand, dass der Ausverkauf bewilligungspflichtig ist, darf nicht geschlossen werden, solche Veranstaltungen seien an sich verboten und nur mit Zustimmung der Polizei durchführbar. Im Gegenteil ist der Ausverkauf eine durchaus legitime Form der gewerblichen Betätigung des einzelnen und geniesst als solche den Schutz der Gewerbefreiheit [1]. Die polizeiliche Kontrolle hat lediglich die Gefahren zu verhindern, die normalerweise mit der Durchführung eines Ausverkaufs oder Ausnahmeverkaufs verbunden sind.

Mit der Ausverkaufsbewilligung ist der Behörde das geeignete Mittel in die Hand gegeben, die *Grundsätze von Treu und Glauben* im Wettbewerb und im geschäftlichen Verkehr zugunsten des kaufenden Publikums zu wahren. Die Bewilligung muss deshalb diesem Zweck entsprechend gehandhabt werden und darf nicht etwa der blosse Anlass zur Erhebung von Ausverkaufsabgaben sein. Auch darf sie nicht lediglich zur Durchsetzung gewisser Ordnungsvorschriften, die der Staat zur Erleichterung seiner Kontrolle erlassen hat, gebraucht werden; so wäre die Verweigerung der Bewilligung allein aus dem Grunde, dass das Bewilligungsgesuch nicht auf dem vorgeschriebenen Formular eingereicht wurde, unzulässig [2].

---

1) Vgl. BGE 38 I 72, 48 I 458, 54 I 11.
2) Ebenso *Germann*, Richtlinien 72.

II. Der Grundsatz der Bewilligungspflicht

1. Ähnlich wie UWG 17.1 stellt AVO 4 folgenden Grundsatz auf: „Unterstellte Verkaufsveranstaltungen bedürfen einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde". Dem Umfang nach erstreckt sich die Bewilligungspflicht auf *alle unterstellten Veranstaltungen*, also nicht nur auf die Räumungsverkäufe im Sinne von AVO 1.1; deshalb muss auch für die Ausnahmeverkäufe eine Bewilligung eingeholt werden, was im früheren kantonalen Recht nicht durchwegs der Fall war.

In persönlicher Hinsicht sind alle Gewerbetreibenden, mit Einschluss der juristischen Personen, die eine unterstellte Verkaufsveranstaltung durchführen wollen, bewilligungspflichtig. Betriebsform, Ladeneinrichtungen oder Umfang des Unternehmens spielen für diese Frage keine Rolle. Die Bewilligungspflicht kann deshalb den Geschäftsinhaber eines Detailgeschäftes, eines Versandgeschäftes (AVO 4.1) [3], eines Filialunternehmens (AVO 4.2) oder auch eines Engrosgeschäftes [4] treffen. Und zwar muss der für die Veranstaltung Verantwortliche die Bewilligung einholen, sei es der Firmainhaber selber oder ein an seiner Stelle tätiger Leiter einer Verkaufsstelle, sei es der geschäftsführende Gesellschafter einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder sei es ein Organmitglied einer juristischen Person (vgl. AVO 8).

Inhaltlich erstreckt sich die Bewilligungspflicht auf die öffentliche *Ankündigung und Durchführung* einer Veranstaltung (UWG 17.1 und AVO 4), denn die mit der Bewilligung verbundene Kontrolle muss sich regelmässig auf beide beziehen [5].

2. Der Sinn der Bewilligung verlangt, dass jedes Gesuch um eine Bewilligung einzeln geprüft wird. Die Behörde hat im Einzelfall nachzuprüfen, ob die Voraussetzungen für die Durchführung eines Ausverkaufs erfüllt sind und kann demnach nur *Einzelbewilligungen*

3) Zu den Versandgeschäften sind m. E. auch die Generalvertretungen ausländischer Firmen in der Schweiz zu rechnen, die oft indirekt über Detailhandelsgeschäfte in verschiedenen Kantonen Sonderveranstaltungen, z. B. zeitlich beschränkte Verbilligungsaktionen für Motorroller, durchführen. In einem solchen Fall hat die Generalvertretung und nicht das einzelne Detailhandelsgeschäft die Bewilligung einzuholen. — Das Gleiche gilt für Fabrikationsunternehmungen, die, ohne als solche aufzutreten, eine Gutschein-Praxis betreiben.

4) Vgl. BGE 79 IV 141 f sowie den Entscheid des Reg.-Rates von Baselstadt v. 30. 12. 1952 in: ZBl 54 (1953) 200 ff.

5) BGE 48 I 458, 76 IV 185; vgl. auch *Burckhardt*, Kom. 237.

ausstellen. — In der Expertenkommission hat man sich jedoch gefragt, ob nicht ein Abweichen vom allgemeinen Grundsatz für jene Fälle zu verantworten wäre, wo der Kontrolle ohnehin keine grosse Bedeutung zukommt; man hat dabei an die stereotyp wiederkehrenden Ausnahmeverkäufe gedacht, wo keine sachliche Beschränkung wie das Warenschubverbot beachtet werden muss. Der Verordnungsgeber hat die Frage dahin gelöst, dass er grundsätzlich an der Individualbewilligung festhielt, jedoch die Kantone zu abweichenden Bestimmungen in dem Sinne ermächtigte, für die Durchführung von Ausnahmeverkäufen eine *Generalbewilligung* zu erteilen (vgl. AVO 26.I)[6], d. h. die kantonalen Bewilligungsbehörden können allen Detailverkaufsgeschäften ihres Kantons die Durchführung eines Ausnahmeverkaufs derart erlauben, dass nicht jeder Gewerbetreibende einzeln um die Bewilligung nachsuchen muss. Von dieser Möglichkeit haben die Kantone Zug (G 15.4), Waadt (Beschl. 4) und Genf (Beschl. 6) Gebrauch gemacht. Das System der Generalbewilligung enthebt aber die Kantone nicht von jeglicher Kontrollpflicht; im Gegenteil haben die zuständigen Behörden Stichproben durchzuführen und namentlich für die Einhaltung der Bestimmungen über die Ankündigung zu sorgen.

III. Erteilung und Verweigerung der Bewilligung

1. Wie gesagt, ist die Bewilligung das Mittel, das es der Behörde erlaubt, sich darüber zu informieren, ob die zu einer Ausverkaufsveranstaltung notwendigen Voraussetzungen vorhanden sind und um die Durchführung zu überwachen. Wenn die Prüfung des Gesuchs zu dem Ergebnis führt, dass die Voraussetzungen zur Durchführung eines Ausverkaufs gegeben sind, so muss die Bewilligung erteilt werden. Die Erteilung einer Ausverkaufsbewilligung bedeutet nicht etwa die Verleihung eines z. B. nutzbaren Rechts, denn das Recht auf Durchführung eines Ausverkaufs steht den Gewerbetreibenden schon auf Grund von BV 31 zu und muss nicht noch besonders verliehen werden; sie besagt lediglich, dass die wettbewerbspolizeilichen An-

6) Vgl. Exp.Prot. III, 28 ff. — Das System der Generalbewilligung war schon vor der Vereinheitlichung des Ausverkaufsrechts in den Kantonen Graubünden (Ges. von 1929, Art. 27), Genf (Wettbewerbsges. von 1927/33, Art. 25 ff) und Waadt (Loi sur la police de commerce von 1935 Art. 50) sowie im Ausland bekannt und hat sich bewährt; vgl. *Germann*, Vorschläge 22 f, Richtlinien 84 f.

forderungen erfüllt sind und hat demnach rein deklaratorische Bedeutung. Dasselbe meint auch der Verordnungsgeber, wenn er die Bewilligungsbehörden anweist, die Bewilligung zu erteilen, *„soweit kein Grund zur Verweigerung gemäss Art. 6 vorliegt"* (AVO 5.1). Allgemeiner Verweigerungsgrund ist ein Treu und Glauben widersprechendes Verhalten. Daneben muss die Behörde aber — soweit dies im Stadium der Bewilligung überhaupt möglich ist — prüfen, ob die einzelnen Bestimmungen über die Ankündigung (AVO 14 und 15) und über die zeitlichen und sachlichen Beschränkungen des Ausverkaufs (AVO 9 ff und 12 ff) befolgt werden. Die besondere Schwierigkeit dieser Kontrolle besteht darin, dass die Behörde zur Zeit des Bewilligungsgesuchs meist noch gar nicht voraussehen kann, ob die Veranstaltung gegen Treu und Glauben verstossen wird; während etwa bei der Erteilung eines Fähigkeitsausweises die massgeblichen Eigenschaften des Bewerbers bekannt, bzw. schon restlos feststellbar sind. Im Ausverkaufsrecht hat die Bewilligung deshalb hauptsächlich den Sinn, den Gewerbetreibenden der polizeilichen Kontrolle zu unterstellen und insofern gefahrenverhindernd zu wirken.

Hat sich die Behörde über das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen vergewissert, muss sie dem Gesuchsteller die gewünschte Bewilligung erteilen; dabei hat sie diesen vom *notwendigen Inhalt der Bewilligung* schriftlich in Kenntnis zu setzen und genauestens „Beginn und Dauer der Veranstaltung sowie bei Ausverkäufen die einzubeziehenden Warenbestände, Warengattungen oder Verkaufsabteilungen zu umschreiben" (AVO 5.2). Dies hat mit der im Polizeirecht notwendigen Bestimmtheit zu geschehen, denn der Gesuchsteller hat ein Anrecht zu wissen, welche eventuell gestellten Auflagen zu erfüllen, welche Gebühren zu bezahlen oder welche weiteren kantonalen Vorschriften zu beachten sind.

Die Erteilung der Bewilligung hat nur deklaratorische Bedeutung. Unter der Voraussetzung, dass die gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt sind, kann deshalb die Bewilligung grundsätzlich auch nachträglich erteilt werden, also dann, wenn die Veranstaltung schon begonnen hat, und das Bewilligungsgesuch erst später gestellt wird[7]. Eine Verweigerung der Bewilligung wäre in diesem Falle deshalb ungerechtfertigt, weil die Behörde damit praktisch auf eine Kontrolle

7) *Giger* 255.

verzichten würde; denn die Ermittlungen im Bewilligungsverfahren bilden die eigentlichen Unterlagen der nachfolgenden Kontrolle. Abgesehen von den strafrechtlichen Folgen gemäss AVO 20 kommt eine *nachträgliche Erteilung* der Bewilligung für Total- und Teilausverkäufe in Frage, für periodische Veranstaltungen aber nur, wenn ihre Durchführung zeitlich mit den in AVO 9.2 vorgesehenen Fristen zusammenfällt.

2. Sind die sachlichen oder die in der Person des Gesuchstellers gelegenen Voraussetzungen nicht gegeben, muss die Bewilligung verweigert oder unter Auflagen erteilt werden. Die *Verweigerung* hat die gleiche rechtliche Bedeutung wie die Erteilung der Bewilligung: sie stellt fest, dass die Voraussetzungen zur Erteilung überhaupt nicht oder nur zum Teil erfüllt sind.

Die Ausverkaufsbewilligung darf nur im richtig verstandenen polizeilichen Interesse verweigert werden. Der Verordnungsgeber hat beispielsweise einige *Verweigerungsgründe* angeführt. So muss die Bewilligung verweigert werden, „wenn durch die Verkaufsveranstaltung die Käufer irregeführt oder übervorteilt oder wenn unlautere Mittel angewandt werden sollen" (AVO 6.1b), oder „wenn der Gesuchsteller durch unwahre oder irreführende Angaben eine Bewilligung zu erwirken ..." (AVO 6.1c) oder sich umgekehrt der Bewilligungspflicht zu entziehen versucht [8]; dabei ist jedoch zu beachten, dass die Bewilligung nicht schon dann verweigert werden kann, wenn der Gesuchsteller irgendwelche unwahre oder irreführende Angaben gemacht hat, die für die Erteilung unwesentlich sind. Der Gesuchsteller ist aber verpflichtet, der mit der Prüfung des Gesuchs betrauten Behörde die für die Beurteilung der Veranstaltung notwendigen Unterlagen wie Geschäftsbücher, Akten usw. zur Verfügung zu stellen und sonstwie benötigte Auskünfte zu erteilen; kommt er dieser Auskunftspflicht nicht nach, muss die Bewilligung verweigert werden [9]. Nach der Meinung des Verordnungsgebers muss die Bewilligung auch dann verweigert werden, „wenn der Gesuchsteller innert der letzten drei Jahre vor Einreichung des Gesuches wegen eines Vergehens im Sinne von Art. 13 des Bundesgesetzes vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb oder wegen vorsätzlicher Widerhandlung gegen die Vor-

8) Ebenso *Germann*, Richtlinien 81, *Giger* 255/56.

9) So ausdrücklich Zürich (V 4.2), St. Gallen (V 3.2), Aargau (VV 12.3) und Thurgau (V 5.2).

chriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen rechtskräftig erurteilt worden ist" (AVO 6.1 d). Die in dieser Vorschrift zutage retende Tendenz, die Bewilligung allein auf die Gefahr hin zu erweigern, dass der Gesuchsteller in Zukunft wiederum delinquiren könnte, geht meines Erachtens zu weit. Sie widerspricht nämlich dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wonach die Behörde nur beim Vorliegen einer fassbaren Gefahr einschreiten darf. Zudem steht der beabsichtigte Präventivzweck in einem offensichtlichen Missverhältnis zu der Schwere des polizeilichen Eingriffs, wenn man bedenkt, dass die Verweigerung im schlimmsten Fall auf ein dreijähriges Ausverkaufsverbot hinausläuft. Abgesehen davon, dass das in diesem Umfange einem strafrechtlich Verurteilten entgegengebrachte Misstrauen gegen die auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsätze von Treu und Glauben verstösst, kann es doch wirklich nicht der Sinn der Verordnung sein, einen Ausverkauf zu verbieten; vielmehr hat die Behörde das Risiko des Missbrauchs einer Ausverkaufsbewilligung in Kauf zu nehmen und die strafrechtliche Sanktion nicht zu verlängern, sondern sie dem Strafrichter zu überlassen. Es wäre de lege ferenda wünschenswert, wenn diese Bestimmung gestrichen würde.

Einen weiteren Verweigerungsgrund sehen die Kantone in der Nichtbezahlung der Ausverkaufsabgaben und versuchen, ihn wie folgt zu begründen: Die verschiedenen behördlichen Erhebungen im Bewilligungsverfahren und die Überwachung der Durchführung der Ausverkaufsveranstaltung verursachen Kosten, die der Gesuchsteller als finanzielle Gegenleistung für seine besondere Inanspruchnahme der Behörden zu tragen hat. Neben diesen Kontrollgebühren muss der Ausverkäufer auch die besonderen Ausverkaufssteuern bezahlen, welche die Kantone auf Grund ihrer in BV 3 garantierten Gebietshoheit erheben dürfen. Da nun diese Abgaben regelmässig im Bewilligungsverfahren veranlagt werden, das Bewilligungsverfahren also gleichzeitig Veranlagungsverfahren ist und dementsprechend die Erteilung der Ausverkaufsbewilligung zugleich eine Steuerverfügung in sich schliesst, glauben die Kantone, die Ausverkaufsabgaben seien mit der Bewilligungserteilung fällig und deshalb zu bezahlen; sie folgern daraus, dass bei Nichtbezahlung der Abgaben die Bewilligung verweigert werden dürfe [10]. — Diese Begründung hält der Kritik nicht stand. Einmal widerspricht die Vorausbezahlung der Abgaben,

10) Ausdrücklich Thurgau V 14.

soweit es sich um Gebühren handelt, der Entgeltnatur der Gebühr, weil der behördliche Aufwand nicht mit Sicherheit vorausberechnet werden kann. Eine Steuer hingegen ist erst dann fällig und kann erhoben werden, wenn sie in materielle Rechtskraft erwachsen ist; das setzt voraus, dass sie rechtskräftig veranlagt wurde, d. h. die Steuer muss in einem Verfahren festgesetzt werden, in welchem der Steuerpflichtige z. B. gegen zu hohe Veranlagung Einsprüche erheben kann, und zudem muss der auf das Verfahren folgende Entscheid ein endgültiger sein, auf den in einem neuen Steuerjustizverfahren nicht mehr zurückgekommen werden kann [11]. Ein derart ausgebautes Veranlagungsverfahren für Ausverkaufssteuern kennen wohl die wenigsten Kantone [12], so dass es zweifelhaft erscheint, ob den derart ergangenen Steuerverfügungen materielle Rechtskraft zukommt. Will man aber nicht auf ein solch formelles Verfahren abstellen und mit dem Bundesgericht annehmen, dass auch die formlose, unangefochten gebliebene Abrechnung über geleistete Anzahlungen von Gebühren und Steuern den Charakter eines rechtsverbindlichen Steuerentscheides hat [13], so dürften jedenfalls jene Kantone die Bewilligung nicht von vornherein verweigern, welche die Abrechnung erst nach Schluss der Ausverkaufsveranstaltung erstellen. Abgesehen von diesen formellen Gründen ist die Verweigerung der Bewilligung wegen Nichtbezahlung der Ausverkaufsabgaben ein willkürlicher Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Gewerbefreiheit; willkürlich deshalb, weil unter dem Vorwand polizeilicher Motive fiskalische Zwecke verfolgt werden; zudem ist der Eingriff ein unverhältnismässiger, weil die Abgaben auf dem Wege des Schuldbetreibungsrechts eingebracht werden können, und nicht die an sich zulässige gewerbliche Betätigung, nämlich das Ausverkaufen selbst, verhindert werden muss.

3. *„Soweit es die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern,* ist die Bewilligung zu verweigern" (AVO 6.1, erster Satz). Die speziellen Verweigerungsgründe werden also durch eine Generalklausel ergänzt. Die Behörde hat nach ihrem Ermessen zu entscheiden,

---

11) *Blumenstein,* System 358; vgl. auch BGE 74 I 406, wo für das Veranlagungsverfahren die Beobachtung „wesentlicher prozessualer Grundsätze" gefordert wird.

12) Meines Wissens ist der Aargau der einzige Kanton, der ausdrücklich die Gebührenverfügung als rechtskräftig im Sinne von SchKG 80.2 erklärt hat (V 5); dieser Kanton hat auch einen besonderen Beschwerdeweg in Steuerstreitsachen des Ausverkaufswesens vorgesehen (V 4).

13) BGE 78 I 61/62.

ob Treu und Glauben eine Verweigerung der Bewilligung gebieten. Ermessen bedeutet aber nicht etwa Belieben oder Willkür, sondern wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung [14]. Die Bewilligungsbehörde hat also im Bewusstsein der ihr gesetzten polizeilichen Schranken den Einzelfall genau zu untersuchen und die Bewilligung erst dann zu verweigern, wenn der Gesuchsteller subjektiv oder objektiv keine Gewähr für eine Treu und Glauben entsprechende Durchführung des Ausverkaufs bietet. Der Ermessensbegriff selber lässt der Behörde eine gewisse Freiheit, nämlich die Freiheit in der Wahl der Massnahmen, mit denen sie den polizeilichen Wert verwirklichen will. Als solches Mittel kommt die Erteilung einer *Auflage* in Betracht. Obwohl in AVO 6.1 auch von „anderen beschränkenden Bedingungen" die Rede ist, kann es sich bei der an eine Bewilligung geknüpften Verpflichtung regelmässig nur um eine Auflage und nicht um eine eigentliche Bedingung handeln; denn die Rechtswirksamkeit einer Bewilligung kann nicht von einem ungewissen zukünftigen Ereignis abhängig gemacht werden [15]. — Sieht sich die Behörde vor die Alternative gestellt, die Bewilligung zu verweigern oder unter einer Auflage zu erteilen, so muss sie die Bewilligung mit der Auflage erteilen, sofern diese geeignet ist, der Treu und Glauben erwachsenden Gefahr vorzubeugen [16]. Die Auflage darf aber nicht Selbstzweck sein, sondern ist nur in bezug auf die Wahrung der Grundsätze von Treu und Glauben zulässig. Ihre Auferlegung hat deshalb ausschliesslich aus polizeilichen Motiven zu erfolgen; von diesem darf die Behörde selbst dann nicht abweichen, wenn der Betroffene mit der Abweichung einverstanden wäre [17].

Die Auflage ist eine behördliche Verfügung, deren Vollziehung nötigenfalls erzwungen werden muss. So ist z. B. der Gewerbetreibende, der im Hinblick auf seinen Ausverkauf Ware bestellt hat und damit das Warenschubverbot (AVO 13) umgehen wollte, bei der Bewilligungserteilung anzuweisen, seine inzwischen an der Bahnstation eingetroffenen Waren während der Veranstaltungsdauer auf eigene Kosten im dortigen Lagerhaus zu belassen; kommt er dieser Weisung nicht nach, so hat die Behörde die Ware auf Kosten des Geschäftsmannes sicherzustellen.

---

14) *Forsthoff* 68.
15) Allgemein über Bedingung und Auflage vgl. *Forsthoff* 165 f und *Peters* 161 f.
16) *Landmann*, Kom. I 218.
17) *Forsthoff* 167, 175.

4. Für den *Geltungsbereich der Bewilligung* sind folgende Regeln zu beachten:

a) Wurde die Bewilligung von der Behörde eines bestimmten Kantons erteilt, so steht einer *Ausverkaufsankündigung in der ganzen Schweiz* nichts entgegen (AVO 4.1). Mit dieser Bestimmung ist die unter dem kantonalen Recht akut gewordene Streitfrage, ob die Ankündigungen ausserkantonaler Veranstaltungen bewilligungspflichtig seien oder nicht, dahingefallen.

Die Frage, ob für die *Ankündigungen ausländischer Geschäfte* eine Bewilligung einzuholen ist, hat der Verordnungsgeber dahin entschieden, dass er es den einzelnen Grenzkantonen überliess, die Ankündigung von Verkaufsveranstaltungen, die im angrenzenden Ausland durchgeführt werden, bewilligungspflichtig zu erklären (AVO 26.5). Eine solche Bewilligungspflicht besteht in den Kantonen Baselstadt (V 6), Baselland (VV 10), St. Gallen (V 14) und Thurgau (V 9) [18].

b) Für die Veranstaltungen von Ladengeschäften gilt der Grundsatz, dass die *Durchführung nur im betreffenden Kanton* gestattet ist, wo sich das Geschäft befindet. Der Verordnungsgeber ging dabei von der Annahme aus, dass der Ausverkauf normalerweise am ordentlichen Geschäftssitz und in den bisher geführten Räumlichkeiten stattfindet, und fand, dass die mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten Orts- und Kantonalbehörden die bei der Kontrolle vorhandene Sachlage besser beurteilen können als ausserkantonale Behörden. — Der Grundsatz gilt auch für die Verkaufsveranstaltungen von Unternehmen mit mehreren Verkaufsstellen (Filialunternehmen). Befinden sich die Verkaufsstellen einer Firma in verschiedenen Kantonen, so muss für jede Filiale eine besondere Bewilligung eingeholt werden (AVO 4.2). Liegen die Verkaufsstellen alle im gleichen Kanton, so hängt es von der Organisation der Bewilligungsinstanzen ab, ob das Gesuch für alle gemeinsam gestellt werden kann oder nicht.

Von der behandelten Regel sind die Versandgeschäfte ausgenommen. Hier musste der Verordnungsgeber auf die besonderen Verhältnisse Rücksicht nehmen, wonach der Verkauf auf Grund von

---

18) Freilich ist die Durchsetzung dieser Bestimmungen nicht leicht. Denn wenn in Zuwiderhandlung, ohne Bewilligung, doch inseriert wird, liessen sich z. B. Bussen nur dann vollstrecken, wenn das ausländische Geschäft in der Schweiz Vermögen, z. B. gegenüber Kunden, hat.

Auswahlsendungen, die der Käufer gestützt auf Inserate oder ähnliche Werbemittel verlangt, nicht am Wohnsitz des Verkäufers, sondern des Käufers getätigt wird. Da eine Ausverkaufskontrolle nur am Geschäftssitz des Verkäufers möglich ist, und den Versandgeschäften nicht zugemutet werden kann, in allen Kantonen, in denen sich Käufer befinden, eine Bewilligung einzuholen, hat der Verordnungsgeber den Versandgeschäften ausdrücklich erlaubt, ihre Verkaufsveranstaltungen in der ganzen Schweiz durchzuführen (AVO 4.1, a. E.) [19].

IV. Das Bewilligungsverfahren

1. Aus dem Grundsatz der Bewilligungspflicht ergibt sich für den einzelnen die Verpflichtung, um die Bewilligung nachzusuchen. Denn erst auf Grund der im formellen *Gesuch* enthaltenen Angaben kann die Behörde entscheiden, ob die Voraussetzungen zur Erteilung der Bewilligung gegeben sind.

Die Überprüfung eines Gesuches erfordert eine gewisse Zeit. Aus diesem Grunde kann die Kontrollbehörde vom Gesuchsteller verlangen, dass das Gesuch *innert einer bestimmten Frist* eingereicht wird [20]. Trotzdem die Fristansetzung eine blosse Ordnungsvorschrift ist, dient sie der Wahrung von Treu und Glauben und ist deshalb zu beachten. Geschieht die Nichtbeachtung zur Umgehung der behördlichen Kontrolle, muss die Bewilligung verweigert werden.

Zur Erleichterung ihrer Kontrolle können die Kantone weitere Vorschriften über Form und Inhalt des Bewilligungsgesuches erlassen (vgl. AVO 25.1a). So kann verlangt werden, dass das Gesuch schriftlich bzw. auf amtlichen Formularen und in bestimmter Anzahl ausgefertigt wird. Inhaltlich können etwa Angaben über personelle Geschäftsverhältnisse wie Firma des Gesuchstellers, Auszug aus dem Handels- oder Strafregister, verantwortlicher Geschäftsleiter (vgl.

---

19) Vgl. EVD Erläut. N 4 zu AVO 4.

20) Die gesetzlichen Fristen des kant. Rechts variieren von 8 Tagen bis zu einem Monat, wobei für die Totalausverkaufsbewilligung in der Regel eine längere Prüfungszeit vorgesehen ist als für die Bewilligung der übrigen Veranstaltungen. Weniger als 8 Tage Überprüfungszeit verlangen Zug (G 10: Vor Beginn der Veranstaltung) und Aargau (VV 8.1: Rechtzeitig vor Beginn), während Uri, Schwyz, Freiburg, Tessin, Waadt, Wallis und Genf überhaupt keine diesbezüglichen Vorschriften erlassen haben.

AVO 8), Bestand des Verkaufspersonals usw. verlangt werden, oder Angaben über die Art der Geschäftsführung, über die Art und Durchführung der beabsichtigten Verkaufsveranstaltung (Zeitpunkt und Ort der Durchführung, geplante Ankündigung, Art und Höhe der zu gewährenden Vergünstigungen usw.), wie sie das kantonale Recht kennt [21]. Es ist jedoch zu beachten, dass diese Formalbestimmungen einer rechtlichen Grundlage bedürfen und inhaltlich mit dem eigentlichen Zweckgedanken der Verordnung verbunden sein müssen; Kontrollvorschriften, die um ihrer selbst willen geschaffen wurden und deren Anwendung eine sachlich gerechtfertigte Veranstaltung verzögert oder gar verunmöglicht, sind willkürlich und haben sowohl vor BV 4 wie vor BV 31 keinen Bestand; das gilt auch für jene Bestimmungen und Verwaltungsakte, die nur im Interesse der Abgabenerhebung ergangen sind.

2. Ein besonderes Mittel der behördlichen Kontrolle stellt das *Inventar* dar; es dient namentlich der Überprüfung der in den Ausverkauf einzubeziehenden Warenmengen und damit der Einhaltung des Warenschubverbots bei den Räumungsverkäufen. Obwohl das Inventar auch die Kontrolle der versprochenen Vergünstigungen und die Bemessung der Gebühren erleichtern kann, sollte eine Eingabe des Warenverzeichnisses nur von den Ausverkäufern und nicht auch von den Veranstaltern von Ausnahmeverkäufen verlangt werden [22], denn das Inventar dient in erster Linie der Einhaltung des Warenschubverbots, welches bei den Ausnahmeverkäufen nicht beachtet werden muss. Die Richtigkeit der vertretenen Ansicht lässt sich übrigens mit dem Wortlaut von AVO 25.1b belegen, wonach die Kantone die Inventarpflicht „für die Durchführung von Ausverkäufen" erlassen dürfen.

3. Die Ordnung des Bewilligungsverfahrens ist Sache der Kantone (AVO 4.1 in Verb. mit 24.1); diese haben die zuständigen Behörden zu bezeichnen. *Zuständig* zur Erteilung der Bewilligung sind in den meisten Kantonen zentrale Organe, sei es die kantonale Polizei-

---

21) Vgl. insbesondere Zürich V 2.2, Baselland VV 5, Aargau VV 8.2 und Thurgau V 2.2.

22) Ebenso *Dufner* 62 f, *Germann*, Richtlinien 19 und *Giger* 287. — Anders die kantonale Gesetzgebung, wo ein Inventar sowohl für Ausverkäufe wie Ausnahmeverkäufe verlangt wird: Bern (G 36.1, I), Luzern (V 3.1), Schwyz (G 14), Glarus (G 18.1d), Zug (G 10.1c), Schaffhausen (G 31.1a), Appenzell A.-Rh. (VV 2.2), Appenzell I.-Rh. (VV 3.3), Thurgau (V 2.2 f), Tessin (G 8.1), Neuenburg (Beschl. 5).

irektion oder eine ihr untergeordnete Amtsstelle; in den Kantonen ern (G 35.1) und St. Gallen (V 4 und 6) entscheiden die Ortsbehör- en, während im Kanton Neuenburg (Beschl. 2) für die Bezirke e Locle und La Chaux-de-Fonds die Préfectures des Montagnes, für en übrigen Kantonsteil das Polizeidepartement zuständig sind.

Verschiedene Kantone beanspruchen im Bewilligungsverfahren ie *Mitarbeit von Gemeinden und Sachverständigen* [23]. Gegen das Mitwirken von Privaten, wie Wirtschaftsexperten, Vertreter von Berufsverbänden usw. müssen schwere Bedenken geäussert werden, elbst wenn die Mitarbeit rein konsultativ wäre und nicht auch in olizeilichen Kontrollhandlungen bestünde [24]. Denn die nichtbehörd- ichen Mitglieder der kantonalen Ausverkaufskommission sind in der Regel Konkurrenten und erhalten bei ihrer amtlichen Tätigkeit Ein- lick in Geschäftsgeheimnisse, die sie vielleicht verwerten oder mit enen sie ihre Mitbewerber sonst schädigen können, so dass diesen ie Berufsausübung erschwert oder sogar verunmöglicht wird. Die- elben Überlegungen hat das Bundesgericht einem Entscheid zugrunde elegt, indem es eine Übertragung polizeilicher Aufsicht über Berufs- enossen an einen Verband als Verstoss gegen die Gewerbefreiheit ualifizierte; denn eine solche Übertragung, so führte das Gericht m wesentlichen aus, sei namentlich dann mit BV 31 unvereinbar,

23) Mitwirkung der *Gemeinden* im Bewilligungsverfahren: Blosse Vernehm- assung bzw. Orientierung über die Erteilung der Bewilligung in: Zürich (V 3.1 nd 3.3), Schwyz (G 12.3), Obwalden (V 3.2), Zug (G 12), Thurgau (V 4.1), Tes- n (G 7.1), Wallis (Beschl. 2). — Überprüfung der Angaben im Gesuch in: Luzern V 1.3), Nidwalden (V 3.2), Baselland (VV 2), Schaffhausen (G 32). Ferner Bern G 35.1: Entscheid über Erteilung und Entzug der Bewilligung) und St. Gallen V 4: Entscheid über Unterstellung in erster Instanz).

Mitwirkung von einzelnen *Sachverständigen,* Kommissionen oder Verbänden: losse Vernehmlassung bei der Bewilligung in: Neuenburg (Beschl. 6.2, Wirt- haftsverbände). — Überprüfung der Angaben im Gesuch bzw. Kontrolle des In- entars in: Zürich (V 3.2, Sachverständige), Bern (G 36.3, Branchenverband), chwyz (G 16.2, amtliche Inventarisierung durch Sachverständige), Glarus (G 19, achverständige), Freiburg (R 65.3, Sachverständige), Solothurn (V 16.2, Sachver- ändige), Schaffhausen (G 32, Sachverständige), St. Gallen (V 2, 3.1, amtl. Inven- arisierung durch Sachverständige), Thurgau (V 4.2, Sachverständige), Neuenburg Beschl. 6.1, Sachverständige). — Begutachtung (und Entscheid) in besonders wich- gen Fachfragen, in: Luzern (V 2, Ausverkaufskommission, evtl. Sachverständige), bwalden (V 9, Wirtschaftsverbände), Nidwalden (V 3.2, Kantl. Gewerbever- and), Solothurn (V 17.1, Expertenkommission), Baselstadt (V 1.2, Wirtschaftsver- ände oder Kommission für Handel, Industrie und Gewerbe), Baselland (VV 3, Virtschaftsverbände), Appenzell I.-Rh. (VV 2, Sachverständige), Graubünden AB 9, Wirtschaftsverbände für die Bewilligung von Ausnahmeverkäufen), Aar- au (VV 14, Wirtschaftsverbände oder Fachexperten).

24) A. A. *Giger* 286.

wenn die Kontrolle ebenso gut von einer Verwaltungsbehörde gehandhabt werden könne [25]. Übrigens ist die Mitarbeit von Privaten nicht nur verfassungs-, sondern auch gesetzeswidrig; denn der Gesetzgeber spricht in UWG 17.1 ausdrücklich von der „zuständigen kantonalen Behörde", welche die Bewilligung zu erteilen und damit die Ausverkaufskontrolle zu übernehmen hat; zuständig kann aber nur eine Behörde und nicht ein interessierter Wirtschaftsverband sein.

V. Der Entzug der Bewilligung

1. Gewahrt die Kontrollbehörde bei der Durchführung der Veranstaltung eine Unlauterkeit, so muss sie die Bewilligung entziehen. Dies vor allem dann, „wenn der Gesuchsteller die Bewilligung durch unwahre oder irreführende Angaben erwirkt hat" (AVO 7.1a) oder „wenn der Gesuchsteller bei der Durchführung der Verkaufsveranstaltung den Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen oder den Verfügungen der zuständigen Behörde zuwiderhandelt" (AVO 7.1b).

Dadurch, dass er die *Entzugsgründe abschliessend aufgezählt* hat, gibt der Verordnungsgeber zu verstehen, dass die einmal erteilte Bewilligung nicht ohne weiteres entzogen werden darf, sondern nur in den von ihm als wichtig erachteten Gründen.

Leider lässt die Umschreibung der Entzugsgründe die im Polizeirecht notwendige Bestimmtheit vermissen, und der Entscheid darüber, ob im Einzelfall ein wichtiger Entzugsgrund vorliegt oder nicht, ist weitgehend dem behördlichen Ermessen anheimgestellt. Es muss deshalb verlangt werden, dass der Entzug allein auf Grund der geltenden Bestimmungen sowie der Bewilligung selbst und ihrer Auflagen (soweit sie rechtsmässig sind) geschieht und dass das Ausmass der bestehenden Gefahr in einem vernünftigen Verhältnis zum beabsichtigten Eingriff in das Freiheitsrecht des Betroffenen steht [26]; jeglicher Entzug, bei dem diese Grenzen nicht beachtet werden, widerspricht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und hat auch vor BV 31

---

25) Vgl. BGE 65 I 73 f. — Freilich hat das Bundesger. in einem neuen Urteil 78 I 409 ff anders entschieden und das, ohne sich mit dem früheren auseinanderzusetzen; vgl. dazu Kritik von *Huber* in ZBJV 90 (1954) 199.

26) Allgem. *Forsthoff* 202, 204. S. auch oben 28.

keinen Bestand [27]. Der Entzug ist nicht nur dann unzulässig, wenn berechtigte Zweifel über das Vorhandensein der Entzugsgründe vorliegen, sondern auch dann, wenn die Behörde bei der Erteilung der Bewilligung das Fehlen der zur Erteilung nötigen Voraussetzungen wie etwa diejenige von AVO 11 (Wartefrist) übersehen und erst nachträglich festgestellt hat [28].

2. Der Entzug der Bewilligung ist die von der zuständigen Behörde erlassene *Verfügung*, welche die Zurücknahme der Polizeierlaubnis beinhaltet. Sie verpflichtet den Ausverkäufer, seine Veranstaltung abzubrechen. Kommt dieser der Verpflichtung nicht nach, muss die Behörde den Ausverkauf polizeilich schliessen, d. h. sie hat alle Plakate und Anschriften, die auf einen Ausverkauf hinweisen, mit Polizeiunterstützung zu entfernen. Sollte der Gewerbetreibende neuerdings Ankündigungen erlassen, muss die Behörde zum unmittelbaren Verwaltungszwang schreiten und das Geschäft des Betreffenden vorübergehend schliessen (AVO 24.2). — Wurde der Entzug zu Unrecht vorgenommen, kann die Behörde die formell zu Recht bestehende Verfügung nicht einfach widerrufen, sondern muss erneut eine Ausverkaufsbewilligung erteilen [29].

3. Zur Aufklärung der Allgemeinheit und damit im Interesse der Wahrung der Grundsätze von Treu und Glauben kann der Entzug einer Bewilligung auf Kosten des Gesuchstellers veröffentlicht werden (AVO 7.2). Die *Veröffentlichung* ist fakultativ und nur dann zu empfehlen, „wenn bereits die Erteilung der Bewilligung veröffentlicht wurde oder wenn schon eine Ankündigung erfolgt ist“ [30].

---

27) Ähnlich BGE 77 I 287 E 2, 73 I 219/20; allerdings prüft das Bundesgericht Verweigerung oder Entzug einer Bewilligung nur unter dem Gesichtspunkt von BV 4.

28) EVD Erläut. N 2.2 zu AVO 7.

29) Vgl. *Forsthoff* 207.

30) EVD Erläut. N 3 zu AVO 7. — Der Entzug wird in den Kantonen Baselstadt (V 7), Baselland (VV 13) und Thurgau (V 10) im kantonalen Amtsblatt veröffentlicht; Thurgau gestattet den Behörden, den Entzug ausserdem in einer Lokalzeitung zu publizieren.

2. Abschnitt

DIE BESCHRÄNKUNGEN DER DURCHFÜHRUNG

Der Verordnungsgeber konnte sich nicht damit begnügen, die Ausverkäufe bloss bewilligungspflichtig zu erklären, sondern er musste den Gewerbetreibenden und Kontrollbehörden sagen, was im Ausverkaufswesen zulässig ist und nicht. Aus diesem Grunde hat er die Bestimmungen über die Ankündigung sowie über die zeitlichen und sachlichen Beschränkungen des Ausverkaufs — von uns Beschränkungen der Durchführung genannt — erlassen, worin er die gesetzmässige Durchführung von Ausverkäufen und ähnlichen Veranstaltungen umschrieb. — Die gesetzliche Regelung der Ankündigung enthält Vorschriften über den notwendigen und unzulässigen Inhalt der Ausverkaufsreklame (AVO 14 und 15). Die zeitlichen Beschränkungen betreffen — ausser der schon in UWG 17.2, 2. Satz aufgestellten — Bestimmungen über die Wartefrist (AVO 11), die Zeiträume, in denen die Veranstaltungen durchgeführt werden dürfen (AVO 9), die Häufigkeit der periodischen Veranstaltungen (AVO 9.2, 2. Satz) sowie die Dauer der Verkäufe (AVO 10). Die sachlichen Beschränkungen beziehen sich auf die Aussonderung der Waren (AVO 12) und das Verbot des Warenschubs (AVO 13). Schliesslich ist zu den Beschränkungen der Durchführung auch das Geschäftseröffnungsverbot (AVO 16) zu zählen, auf das wir im einzelnen gesondert eintreten werden.

Die Beschränkungen der Durchführung sind allgemeine, unabhängig vom Gefahrenzustand des Einzelfalls errichtete polizeiliche Schranken. Doch ist die Fassung der Vorschriften selber nicht starr, sondern trägt den Eigenarten der einzelnen Verkaufsveranstaltungen materiell Rechnung und sieht überdies verschiedene Ausnahmen von allgemeinen Geboten und Verboten vor, die eine differenzierte Rechtsanwendung erlauben. — In ihrer generellen Form unterscheiden sich die Beschränkungen der Durchführung von den an eine Bewilligung geknüpften Auflagen; diese sind auf den Einzelfall abgestimmte behördliche Verfügungen und werden dementsprechend gehandhabt. Hinsichtlich ihres Zweckes sind sich aber die beiden Arten polizeilicher Schranken gleich, indem beide präventiv der Wahrung von Treu und Glauben im Ausverkaufswesen dienen. Daraus ergibt sich, dass die Beschränkungen der Durchführung nicht um ihrer selbst willen durchgesetzt werden dürfen, sondern immer mit dem allgemeinen Grundsatz konnex sein müssen.

3. Kapitel:

Die Ankündigung und die an sie gestellten Anforderungen

I. Allgemeines

1. In der Einleitung zu dieser Arbeit wurde die wirtschaftliche Bedeutung der Reklame als Mittel der Kundenwerbung und des damit zusammenhängenden Warenabsatzes unterstrichen. Ist die Reklame bereits im ordentlichen Geschäftsgang von Wichtigkeit, so ist sie es im vermehrten Masse beim Ausverkauf, wo ein beschleunigter Warenabsatz bezweckt wird. Nur mit ihrer Hilfe kann der Kaufmann die Absicht, sein Geschäft aufzugeben oder eine bestimmte Warenmenge abzustossen, bekanntmachen. Praktisch beginnt die Veranstaltung mit ihrer Reklame. Die wirksame Ankündigung sichert sich von Anfang an den Zulauf des Publikums und ist deshalb wesentliche Voraussetzung des wirtschaftlichen Erfolgs einer Ausverkaufsveranstaltung.

2. Auch von Gesetzes wegen ist gegen die Ausverkaufsreklame als solche nichts einzuwenden. Im Gegenteil wird sie rechtlich als notwendig vorausgesetzt, denn UWG 17.1 und AVO 1.1 verlangen ausdrücklich, dass der Ausverkauf öffentlich angekündigt werden muss. Eine Ausverkaufstätigkeit ohne öffentliche Ankündigung kann es daher — jedenfalls im Rechtssinne — nicht geben.

3. Der Verordnungsgeber hat die Ausverkaufsreklame mit der Durchführung des Ausverkaufs zusammen der Bewilligungspflicht und damit der behördlichen Präventivkontrolle unterstellt (AVO 4). Die Behörde hat sich vorgängig und während der Veranstaltung zu vergewissern, ob die Ankündigung den Grundsätzen von Treu und Glauben entspricht. Insbesondere hat sie die Einhaltung der Bestimmungen über den notwendigen und zulässigen Inhalt der Ankündigung (AVO 14 und 15) zu prüfen und widrigenfalls repressiv einzuschreiten; doch darf sie dabei nur die unlautere und nicht etwa unbequeme Reklame unterdrücken.

II. Der notwendige Inhalt der Ankündigung

1. Zum Schutz der Käufer vor Verwechslungen hat der Verordnungsgeber die Bestimmung erlassen, dass bei jeder Ankündigung eines Ausverkaufs die *Ausverkaufsart* angegeben wird (AVO 14.1).

Ein Teilausverkauf kann deshalb nicht als Totalausverkauf angekündigt werden. Auch dürfen „die Ausdrücke ‚Ausverkauf', ‚Räumung' und ‚Liquidation' für sich allein oder in Zusammensetzungen sowie ähnlich wirkende Ausdrücke ... für Ausnahmeverkäufe nicht verwendet werden" (AVO 2.3).

Ferner wird vom Ankündigenden die Angabe der amtlichen Bewilligung verlangt (AVO 14.1); das Publikum soll wenigstens die Gewissheit einer behördlichen Kontrolle haben. Wichtiger ist der verlangte Hinweis auf *Beginn und Dauer* der Veranstaltung, damit der Käufer nicht etwa vorzeitig in die Verkaufslokale gelockt und zum Kauf anderer Waren veranlasst wird, die er sonst nicht gekauft hätte [1].

„In der Ankündigung eines Teilausverkaufs wegen Aufgabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen ist überdies deutlich auf die *Warengattungen* oder *Verkaufsabteilungen* hinzuweisen, die aufgegeben werden sollen" (AVO 14.2). Diese Sonderbestimmung bezweckt, dass nur ausgeschiedene Waren und nicht andere, unangekündigte und im Preis nicht herabgesetzte in die Veranstaltung einbezogen werden.

2. Zur Erleichterung ihrer Kontrolle können die *Kantone* weitere *Vorschriften* über den notwendigen Inhalt der Ankündigung erlassen (AVO 25.1d in fine). Wie das deutsche, verlangen z. B. auch das bernische (G 48), zugerische (G 16.1, III) und waadtländische Recht (Beschluss 5) eine Angabe des (wirtschaftlichen) Grundes der Veranstaltung. Zweckdienlicher und zur Verhinderung von Täuschungen eher geeignet als diese sind m. E. die Bestimmungen von Obwalden (V 7.1) und Nidwalden (V 6.1), wonach der notwendige Inhalt „in zweckentsprechender Schriftgrösse" zu drucken ist [2]. Das nämliche Ziel verfolgen die welschen Kantone Freiburg (R 83), Waadt (G 48) und Genf (Beschluss 5), wenn sie verlangen, dass bei der Ankündigung eines Teilausverkaufs die Worte „Teil" und „Ausverkauf" in Schrifttypen gleicher Art und gleicher Grösse wiedergegeben werden müssen. Beachtenswert sind ferner die Vorschriften von Luzern (V 3.2) und Obwalden (V 5.2), die den Veranstalter eines Ausnahmeverkaufs verpflichten, mit dem Bewilligungsgesuch die geplante Ankündigung vorzulegen. Den gleichen Zweck, nämlich unzulässige Reklamewendungen von vornherein auszumerzen, verfolgt auch Graubünden

1) EVD Erläut. N 1 zu AVO 14.
2) Ebenso *Giger* 261/62.

(AB 3.3), wo sowohl die Ankündigungen von Ausverkäufen und Ausnahmeverkäufen unterbreitet werden müssen.

Mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse in den einzelnen Kantonen hat der Verordnungsgeber auf seinen ursprünglichen Plan, eine einheitliche Frist von drei Tagen für den Beginn der Ankündigung vor der Veranstaltung festzusetzen, verzichtet und eine diesbezügliche Regelung dem kantonalen Recht überlassen (AVO 25.1d). Von dieser Möglichkeit haben die meisten Kantone Gebrauch gemacht, wobei die Fristen von einem bis zu acht Tagen differieren. Obwohl die Bestimmungen der einzelnen Kantone den lokalen oder regionalen Bedürfnissen Rechnung tragen, halten nicht alle der Kritik stand. So wäre die Vorschrift von Neuenburg (Beschl. 10.1), wonach erst am Vorabend der Veranstaltung angekündigt werden darf, für die Ankündigung mittels Schaufensterauslagen angängig, ist aber im übrigen zu eng [3]. Der achttägige Termin von Obwalden (V 7.3) dagegen erschwert die Anwendung des bundesrechtlichen Aussonderungsgebots (AVO 12); denn durch die Zeitungsreklame werden die Ausverkaufswaren in der Regel bereits als solche individualisiert, während Bezeichnung und Trennung der Waren im Geschäftslokal und Schaufenster erst acht Tage später, zu Beginn der Veranstaltung, erfolgen müssen und somit die Gefahr besteht, dass das Publikum in dieser Zwischenzeit auch zum Kauf der übrigen (Nichtausverkaufs-) Ware verleitet wird.

3. Alle diese eidgenössischen und kantonalen Vorschriften dürfen in ihrer rechtlichen Bedeutung nicht überschätzt werden, und die rechtsanwendenden und richterlichen Behörden müssen sich immer bewusst bleiben, dass diese Bestimmungen lediglich dem polizeilichen Grundgedanken der Verordnung zu dienen haben. Viel wichtiger erscheint uns die Vorschrift über den unzulässigen Inhalt der Ankündigung (AVO 15), wo die krassesten Fälle einer täuschenden Reklame beispielsweise aufgezeigt werden und damit der Kontrollbehörde eine Richtlinie gegeben wird, nach welcher sie den beabsichtigten Schutz des Publikums erfüllen kann.

---

3) Besser Luzern (V 4), wo mittels Zeitungsreklame bereits drei Tage vor Beginn der Veranstaltung angekündigt werden darf, wo aber Plakate, Schaufensterdekorationen, Preislisten usw. erst am Vorabend, nach Geschäftsschluss, sichtbar gemacht werden dürfen.

III. Der unzulässige Inhalt der Ankündigung

1. Nach AVO 15.1 darf die Ankündigung „weder unrichtige Angaben enthalten noch irreführend sein". Es hält schwer generell zu bestimmen, wann eine Ankündigung *irreführend oder unrichtig* ist. An und für sich könnte jedes Wort, jeder Ausdruck unrichtig oder irreführend sein.

Das Wettbewerbsgesetz und mit ihm die Ausverkaufsverordnung sind zum Schutz der Allgemeinheit und insbesondere zu dem des kaufenden Publikums erlassen worden. Sie bezwecken die Unterdrückung der unlauteren, nicht aber die der Konkurrenz unbequeme Reklame. Nach wie vor ist es erlaubt, das eigene Angebot ins hellste Licht zu stellen. Auch wenn das Bestreben, den Konkurrenten den Rang abzulaufen, zu Übertreibungen führt, braucht das noch nicht unlauterer Wettbewerb bzw. unlauteres Geschäftsgebaren zu sein; denn reklamehafte Superlative, z. B. „Das beste Herrenhemd der Welt", werden im allgemeinen nicht ernst genommen [4]. Die beiden wettbewerbspolizeilichen Erlasse verlangen deshalb keine absolute Wahrheitspflicht [5]. Bei der Frage, ob eine Ankündigung unrichtige Angaben enthält oder irreführend ist, kommt es also nicht auf die (objektive) Unwahrheit, sondern auf die Täuschungsgefahr für das Publikum an [6]. Nur das Vorhandensein einer solchen Gefahr rechtfertigt ein polizeiliches Einschreiten. Dabei haben die Kontrollbehörden (oder Richter) auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Reklame auf die Käufer macht, und diesen auf die Täuschungsgefahr für das Publikum zu untersuchen.

2. Unter dem Gesichtspunkt der Täuschungsgefahr ist namentlich den Angaben über Preis und Qualität der Waren besondere Bedeutung zu schenken:

a) Die Ankündigung, ein bestimmter Warenvorrat müsse aus zwingenden (wirtschaftlichen) Gründen geräumt werden, erweckt im Publikum regelmässig die Vorstellung, dass ein Ausverkauf veranstaltet wird; bei einem solchen sieht es die *Preisherabsetzung* als

---

4) Vgl. *von Büren* 79, *Germann*, Kom. 259 sowie *Baumbach*, Kom. 181 und *Reimer* 402.

5) *Matter E.*, Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, in: ZBJV 87 (1951) 457; ebenso *von Büren* 67 f und *Germann*, Kom. 258.

6) Übereinstimmend *Baumbach*, Kom. 183 f, *Matter* aaO 457, *Reimer* 403 f sowie RG v. 8. 5. 1931, in: GRUR 36 (1931) 876.

selbstverständlich an, auch wenn die Ankündigung keine ausdrücklichen Angaben über eine Preisreduktion enthält[7]; in diesem Falle muss im Schutzinteresse des Publikums verlangt werden, dass die Preise wirklich herabgesetzt oder sonstwie Vergünstigungen gewährt werden. Das gleiche gilt dann, wenn in anderer Ankündigung wie z. B. in der eines Ausnahmeverkaufs von einer „Preisermässigung" die Rede ist.

Wie tief jedoch der Gewerbetreibende seine Preisansätze herabsetzen will, muss ihm freigestellt bleiben. Denn die freie Festsetzung der Preise ist Bestandteil der HGF[8]. Ebenso ist es seinem Gutfinden überlassen, wie er seine Preisherabsetzung in der Reklame zum Ausdruck bringen will. Auch steht es ihm frei, anstelle von Preisreduktionen andere Vergünstigungsarten wie Zugaben, Rabatte und dergleichen anzukündigen, denn die Gewährung solcher Vergünstigungen gehört zur Preisbestimmung.

Untersucht nun die Behörde die Ausverkaufsreklame darauf, ob der Ankündigende seine Versprechungen auch wirklich einhält oder bloss Vergünstigungen vorspiegelt und damit das Publikum täuscht, hat sie in erster Linie auf die Preisgestaltung des betreffenden Kaufmanns und nicht etwa auf den „Marktpreis", d. h. den allgemein üblichen Einzelverkaufspreis einer Ware, abzustellen. Bei der Feststellung des Umfangs einer Preisherabsetzung muss sie sich fragen, ob sie den herabgesetzten Preis mit dem unmittelbar vorher geforderten vergleichen soll oder ob sie auf die während der Saison übliche Preisgestaltung abzustellen hat. Keine der beiden Möglichkeiten kann ganz befriedigen: denn wer garantiert bei der ersten Variante, dass die unmittelbar vorher geforderten Preise nicht etwa im Hinblick auf die Veranstaltung heraufgeschraubt wurden? Obwohl diese Gefahr bei der zweiten Möglichkeit weitgehend ausgeschaltet ist, fragt es sich gleichwohl, ob der von der Behörde für die Preisherabsetzung angenommene Mittelwert der Saison nicht deswegen willkürlich ist, weil er den tatsächlichen Verhältnissen, die den Kaufmann namentlich bei modischen Waren zu unterschiedlicher Preisgestaltung gezwungen haben, zu wenig Rechnung trägt[9]. Welche der beiden Möglichkeiten zur Feststellung einer Preisherabsetzung die bessere ist, lässt sich nicht

7) Ebenso *Germann*, Vorschläge 34 und *Reimer* 481.

8) Vgl. *Burckhardt*, Kom. 235, *Frey* 123 ff, *Giacometti* BStR 284, *Marti* HGF 73 sowie BGE 82 IV 52.

9) Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen von *Petzall* 112 über die Kalkulationsschwierigkeiten in der Modebranche.

generell sagen. Dagegen kann man für die Umfangsbestimmung der Preisherabsetzung festhalten, dass eine Preisherabsetzung dann vorliegt, wenn sie nicht pro forma geschehen ist, oder wenn die früheren Preise nicht gerade in unredlicher Weise zu hoch bemessen waren [10]. Dies im Einzelfall festzustellen, hält allerdings schwer.

b) Häufig werden die Preisherabsetzungen durch Angaben wie „früher ... jetzt" und „20 % billiger" angekündigt. Gegen diese im Handel beliebten *Preisgegenüberstellungen* ist an sich nichts einzuwenden, sofern sie nicht zur Täuschung des Publikums, das in die geschäftlichen Verhältnisse gewöhnlich keinen Einblick hat, verwendet werden; denn sie stellen eine Unterart der vergleichenden Reklame dar, die ihrerseits zulässig ist [11]. Wenn dagegen z. B. hohe Ausverkaufsvergünstigungen von 20 % versprochen werden, der ständig gewährte Rabatt von 5 % jedoch bereits im angekündigten Prozentsatz eingerechnet ist, und damit die Käufer über das Ausmass der in Wirklichkeit gewährten Vergünstigungen getäuscht werden (vgl. AVO 15.2c), ist energisch einzuschreiten. Ähnlich lag der Fall, wo ein Gewerbetreibender den Verkauf von „Madeiradecken, 50 % der regulären Preise" ankündigte; die fünfzig Prozent in der Reklamewendung mussten vom Publikum notwendigerweise als Ermässigung um die Hälfte des Verkaufspreises im betreffenden Geschäft aufgefasst werden; der Einwand des Geschäftsinhabers, er habe die Madeiradecken zu 50 % billiger als sonst eingekauft und bei seiner Ankündigung die Hälfte des Einkaufspreises zum Ausdruck bringen wollen, konnte deshalb nicht gehört werden, weil die Käufer keine Kenntnis von der günstigen Einkaufsgelegenheit des Verkäufers hatten [12]. Anders verhielt es sich bei der preisgegenüberstellenden Ankündigung, deutsche Bücher könnten wegen den Währungsverhältnissen während der Inflationszeit billiger als sonst abgegeben werden. Das Bundesgericht hatte diese Wendung als nichtirreführend und zudem als Nichtausverkaufsreklame gewertet, weil die interessierten Käufer lange genug auf die Preisherabsetzung warten mussten und deshalb die wirtschaftlichen Zusammenhänge, die zur Preisherabsetzung führten, gekannt haben [13].

---

10) *Petzall* 18.
11) Vgl. dazu *Germann*, Kom. 271 ff.
12) Vgl. *Holzinger* 87 N 214.
13) Vgl. BGE 46 I 220.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die in einer Gegenüberellung angegebenen Prozente der Preisherabsetzung vom Publikum egelmässig als entsprechende Ermässigung des Verkaufs- und nicht es Einkaufspreises verstanden werden. Darauf hat die Kontrollehörde Bedacht zu nehmen; und zwar hat sie dabei auf die übliche reisgestaltung des betreffenden Kaufmanns und nicht auf einen allemein gültigen Marktpreis abzustellen. Aus diesem Grunde kann sie mgekehrt nicht verlangen, dass die in der Preisgegenüberstellung angegebenen niedrigeren Preise tiefer sein müssen als jene der Konkurenten [14].

c) Besondere behördliche Beachtung verdienen auch die Ankündiungen *„Zu Verlustpreisen"*. Das sind jene Reklamewendungen, die en Anschein erwecken, der Geschäftsinhaber komme zu Verlusten der „... erziele keinen Gewinn, während der Verkaufspreis den instandspreis nebst einem angemessenen Unkostenanteil übersteigt" AVO 15.2b). Abgesehen von ihrer wettbewerbsrechtlichen Fragürdigkeit [15] gehen solche Ankündigungen oft offensichtlich auf Täuhung des Publikums aus und sind dann als unlauteres Geschäftsebaren energisch zu unterdrücken. Gleicherweise ist bei den Wenungen „Zu Fabrikpreisen", „Herstellerpreise", „Originalpreise" [16] usserste Vorsicht geboten. Denn das Publikum denkt bei solchen Anündigungen an die günstigeren, niedrigeren Preise, die der Fabrikant em Detaillisten zugesteht, oder anders ausgedrückt, an die Preise, ie im wesentlichen durch die Herstellungskosten der Waren abzügch der Kosten der Warenverteilung an den Verbraucher bestimmt nd [17]. Unter dem Ausdruck „Selbstkostenpreis" ist in Wirklichkeit er nackte Gestehungspreis franko Lager, also einschliesslich Transortspesen, Zollgebühren und dergleichen zu verstehen; nicht entalten sind darin die allgemeinen Geschäftsunkosten [18].

d) Typisch unlauteres Geschäftsgebaren stellen neben den Preisie sog. *Qualitätsverschleierungen* dar. Die Qualität einer Ware wird ort verschleiert, wo für Waren von bestimmter oder allgemein geräuchlicher Qualität Reklame gemacht wird, während tatsächlich

14) Ebenso *Petzall* 19.
15) Vgl. *Germann*, Kom. 282 ff, 296 ff, 315 ff und Vorarbeiten 102 ff.
16) Vgl. SJZ 48 (1952) 239.
17) *Reimer* 435; ähnlich *Baumbach*, Kom. 200.
18) *Baumbach*, Kom. 200, *Germann*, Vorschläge 33, *Reimer* 437.

Ramschwaren angeboten werden (AVO 15.2e). Ebenso kommt es au
eine Qualitätsverschleierung heraus, „wenn bestimmte Waren mi
Preisangaben angeboten werden, diese dem Käufer aber nicht ode
nicht in ebenso guter Qualität zu höheren Preisen verkauft werden"
(AVO 15.2f) [19]. Das ist bewusste Irreführung der Kundschaft. Gegen
solche Machenschaften kann, wie noch zu zeigen ist, bereits auf Grund
des Obligationenrechts eingeschritten werden. Auch kann sich der
Kunde mit den Rechtsbehelfen des Wettbewerbsrechtes wehren, so-
fern die unlautere Handlung im geschäftlichen Verkehr begangen
wurde (UWG 2.2). Abgesehen von diesen zivilrechtlichen und den
einschlägigen polizeilichen Vorschriften der Verordnung bestehen im
kantonalen Recht eine Reihe von gewerbe- und handelspolizeilichen
Bestimmungen wie etwa solche über Bezeichnung der Ware als ein-
heimische oder ausländische, die den gleichen Kampfzweck gegen
Qualitätsverschleierung erfüllen [20].

3. Da die Ankündigung immer wieder in Treu und Glauben ver-
letzender Weise missbraucht wurde, haben die *Kantone* bereits frühe
Bestimmungen über den unzulässigen Inhalt der Ankündigung er-
lassen [21] und diese z. T. auch nach der Vereinheitlichung des Ausver-
kaufsrechts beibehalten. Gegen solche Vorschriften ist von Bundes-
rechts wegen nichts einzuwenden, sofern sie sich im Rahmen der von
der AVO verfolgten Ordnung halten. So verbietet Solothurn (V 13.1
die Vermengung der Ausverkaufs- mit der ordentlichen Geschäfts-
reklame, was zweifellos der Wahrung von Treu und Glauben dient.
Auch die Vorschrift, die Ankündigung eines Preisnachlasses soll im-
mer dessen Satz angeben, bezweckt, die Kunden gegen trügerische
Reklame zu schützen. Wenn aber Neuenburg (G 8) die Ankündigung
eines 10 % übersteigenden Rabatts oder eines entsprechenden Preis-
nachlasses schlechthin verbietet, geht es über den Schutzgedanken der
Verordnung hinaus. Wie das Bundesgericht in einem neuen Entscheid
ausführt, lassen sich allgemeine Beschränkungen des Rabattes oder
Preisnachlasses in eine bestimmte Ziffer nicht auf gewerbepolizeilich
Gründe stützen, sondern gehen offen oder verschleiert darauf hinaus,
den Markt zu regeln [22]. Gleicherweise sind die Bestimmungen von

---

19) AVO 15.2 f entspricht OR 7.3, welcher die (Schaufenster-)Auslagen von
Waren mit Angabe des Preises als verbindliche Realofferte wertet.
20) Vgl. Botschaft II 675.
21) Vgl. *Frey* 123 ff und *Germann*, Vorschläge 32 ff.
22) BGE 82 IV 52 ff; ebenso 52 I 292/93.

chwyz (V 9) und Solothurn (V 21.1), wonach die Ausverkaufspreise 0 % des Einstandspreises nicht überschreiten dürfen, bundesrechtsidrig, denn eine Preisvergünstigung von mehr als 10 % schliesst an ch noch nicht die Gefahr einer Täuschung der Käufer in sich [23].

4. a) Gegen Unlauterkeiten im Reklamewesen muss die Behörde nit *straf- und verwaltungsrechtlichen* Massnahmen einschreiten.

Genügt eine Ausverkaufsankündigung den Erfordernissen der undes- und kantonalrechtlichen Bestimmungen über den notwendien Inhalt (AVO 14 und 25.1d) nicht, muss dem Ausverkäufer die ewilligung entzogen werden (AVO 7.1b); daneben ist auch ein strafechtliches Einschreiten zulässig (AVO 20.1e).

Mehr als nur Verstösse gegen Ordnungsvorschriften stellen die älle über den unzulässigen Inhalt der Ankündigung (AVO 15) dar; ie hier meistens vorliegende Absicht, „... sich oder andern einen echtswidrigen Vorteil zu verschaffen", verdient empfindliche Strafen AVO 19.1a oder 20.1e).

b) Abgesehen von den zivilrechtlichen Klageansprüchen des Wettewerbsgesetzes (UWG 2) stehen dem Käufer gegen unlauteres Geschäftsgebaren wie namentlich Qualitätsschwindeleien auch die *echtsbehelfe des Obligationenrechts* zur Verfügung. Das deshalb, eil der einzeln getätigte Warenkauf in einer Ausverkaufsveranstalung gewöhnlich die Erfüllung eines obligatorischen Kaufvertrags darellt [24], und demzufolge der Veranstalter eines Ausverkaufs dem äufer gegenüber insbesondere für die Nützlichkeit und Tauglichkeit er Ware und das Vorhandensein bestimmter Mängel derselben einustehen hat (OR 197 ff). Zwar erfährt diese Sachgewährleistungslicht des Verkäufers dort eine Ausnahme, wo die Usanz besteht, ass Ausverkaufsware nicht umgetauscht werden kann. Diese Usanz isst sich damit begründen, dass der Käufer von Ausverkaufsware ie besondere Natur des Ausverkaufs als Räumungsverkauf kennt nd damit das Risiko, mangelhafte Ware zu kaufen, von vornherein uf sich nimmt. Auf diese stillschweigende Wegbedingung der Hafung kann sich der Ausverkäufer aber dann nicht mehr berufen, wenn den Käufer durch Preis- oder Qualitätsverschleierung absichtlich etäuscht [25] und damit das Bestehen des Kaufvertrags in Frage gestellt

23) Im Ergebnis gleich *Frey* 125 und *Giger* 262.

24) In diesem Sinne *Becker*, Kom. zum OR (Bern 1941), II, Vorbemerkungen u OR 184 — 86, N 2, *Oser-Schönenberger*, Kom. (2. A., Zürich 1936) II, N 12 u OR 184.

25) Über Begriff und Voraussetzungen einer absichtlichen Täuschung vgl. *Oser-Schönenberger* aaO I, N 2 ff zu OR 28.

hat (OR 28); in diesem Falle kann sich der Käufer auf die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages berufen oder seine Ansprüche auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung geltend machen (OR 31 und 41).

Diese Rechtsbehelfe des Obligationenrechts kommen regelmässig dort zur Anwendung, wo es nicht feststeht, dass die Unlauterkeit im geschäftlichen Wettbewerb begangen wurde; das trifft gewöhnlich bei den Veranstaltungen eines Total- oder Teilausverkaufs zu, wo der Ausverkäufer nicht zu den publikumsanlockenden Reklameübertreibungen Zuflucht nehmen muss — denn die blosse Ankündigung eines Ausverkaufs genügt in der Regel zur Anlockung der Käufer —, sondern vielmehr in Versuchung kommt, die Käufer über Preis- und Qualitätswürdigkeit seiner Ware zu täuschen. Bei den periodischen Veranstaltungen spricht hingegen die Vermutung auf eine Täuschung im Wettbewerb, und in solchen Täuschungsfällen sind die Rechtsbehelfe des Wettbewerbsgesetzes (UWG 2.2) gegeben. — Selbstverständlich wird der getäuschte Käufer diese zivilrechtlichen Wege praktisch immer nur dann beschreiten, wenn es sich im Hinblick auf den Wert der gekauften Ware wie z. B. eines Teppichs lohnt, einen Prozess anzustrengen.

4. Kapitel:

Die zeitlichen Beschränkungen

Die rechtliche Ausgestaltung der zeitlichen Beschränkungen ist unter verschiedenen Zweckmässigkeits- und Ordnungsgründen erfolgt. So kommt der rechtliche Unterschied zwischen Räumungs- und Belebungsverkäufen bei der Festsetzung der Dauer, während welcher die Verkaufsveranstaltungen durchgeführt werden dürfen, zum Ausdruck. Entsprechend der Grösse des Räumungsumfanges gesteht der Verordnungsgeber den Veranstaltern von Räumungsverkäufen einen längeren Zeitraum zur Durchführung zu als denen von Belebungsverkäufen. Für die Fragen, wann die Veranstaltungen beginnen und wie oft sie durchgeführt werden dürfen, ist die Unterscheidung zwischen periodischen (Saisonausverkäufe und Ausnahmeverkäufe) und nichtperiodischen Veranstaltungen (Total- und Teilausverkäufe) massgebend. Dabei wird namentlich auf die besonderen Verhältnisse im ordentlichen Geschäftsgang Rücksicht genommen.

Alle diese Gesichtspunkte sprechen zweifellos für die Notwendigkeit zeitlicher Beschränkungen des Ausverkaufs. Es fragt sich jedoch, ob diese Gründe des Gesetzgebers, die zur Beschränkung der freien wirtschaftlichen Betätigung des einzelnen führen, auch mit dem ausschlaggebenden Gesichtspunkt der Wahrung von Treu und Glauben in Einklang gebracht werden können — oder anders ausgedrückt — ob die derart begründeten Beschränkungen des Ausverkaufs auch der Erreichung des von der Verordnung verfolgten polizeilichen Zieles dienen. Diese indirekte Frage nach der *Verfassungsmässigkeit* der zeitlichen Beschränkungen kann nicht generell beantwortet werden, sondern muss bei jeder Bestimmung, die den Ausverkauf zeitlich beschränkt, einzeln geprüft werden.

I. Beschränkungen der nichtperiodischen Veranstaltungen

Die Veranstaltung der Räumungsverkäufe im engeren Sinne, d. h. der Total- und Teilausverkäufe, ist nicht durch den ständig wiederkehrenden Wechsel von Sommer- und Wintersaison und den damit zusammenhängenden Modewechsel bedingt, sondern der Anlass zu ihrer Durchführung liegt oft in unvorhergesehenen Zwangsereignissen wie Todesfall, Kündigung der Geschäftslokalitäten usw. In Berücksichtigung solcher schwerwiegender Gründe hat der Verordnungsgeber den Grundsatz aufgestellt, dass die *nichtperiodischen Veranstaltungen jederzeit bewilligt und durchgeführt* werden können (AVO 9.1, 1. Satz).

Diese Richtlinie erfährt mit unterschiedlicher Begründung zwei Ausnahmen: Erstens soll der neu hinzugezogene Geschäftsmann nicht gleich nach seiner Geschäftseröffnung einen Ausverkauf durchführen dürfen; er muss die gesetzliche Wartefrist (AVO 11) beachten. Zudem darf der Beginn einer Ausverkaufsveranstaltung nicht in die geschäftsbelebten Zeiten des ordentlichen Handels fallen.

1. Die Bestimmung über die *Wartefrist* (AVO 11) betrifft den sich neu etablierenden Kaufmann und ist gegenüber der gleichartigen, bereits im Wettbewerbsgesetz (UWG 17.2, 2. Satz) enthaltenen Vorschrift, enger wie folgt gefasst: „Ein Ausverkauf darf nur bewilligt werden, wenn die Verkaufsstelle seit mindestens einem Jahr vom selben Inhaber, in derselben Ortschaft und mit gleichartigen Waren geführt worden ist."

Der Sinn der Bestimmung ist klar; es soll verhindert werden, dass ein Kaufmann sein Geschäft mit der Absicht eröffnet, dieses kurz nach Geschäftseröffnung mittels Ausverkauf wiederum zu liquidieren. Ein solches Vorgehen des Geschäftsmannes stellt eine Zweckentfremdung des Ausverkaufs dar, weil diese Veranstaltung — die dem Kaufmann beim Vorliegen einer wirklichen Zwangslage erlaubt, sein Geschäft beschleunigt zu beenden — zum Selbstzweck wird [1]. Es versteht sich von selbst, dass das Publikum bei einem solchen gewerbsmässigen Ausverkaufen Gefahr läuft, über Preis und Qualität der eigens für die Veranstaltung zusammengekauften Waren getäuscht zu werden. Aus diesem Grunde hatte schon der Bundesrat eine ähnlich lautende kantonale Sperrfrist als gewerbepolizeilich zulässig erklärt [2].

Da die gewerbsmässige Warenbeschaffung, die allein im Hinblick auf den Ausverkauf erfolgt, nichts anderes als ein Vorschieben grossen Stils darstellt [3], kommt der Wartefrist, die dieses Geschäftsgebaren verhindern will, noch eine andere Bedeutung zu: einmal ergänzt sie in willkommener Weise das sachlich gerechtfertigte Vorschiebeverbot (AVO 13); überdies erleichtert sie mittelbar die behördliche Präventivkontrolle, indem sie es den Behörden ermöglicht, im Hinblick auf ein späteres Ausverkaufsgesuch gewisse Anhaltspunkte über das geschäftliche Verhalten des neu hinzugezogenen Kaufmanns zu sammeln.

Die starre einjährige Wartefrist würde in jenen Fällen, wo ein Aufschub der Veranstaltung aus wichtigen Gründen nicht verantwortet werden kann, zu unangebrachten Härten führen. Um dies zu verhindern, hat bereits das Wettbewerbsgesetz die Wartefrist als Regel vorgesehen und damit *Ausnahmen* zugelassen. Diesen Gedanken hat auch die Verordnung übernommen, was sich besonders deshalb rechtfertigt, als den Kantonen in AVO 26.IV eine *Verlängerung der Wartefrist* auf höchstens drei, bzw. zwei Jahre für die Total- bzw. Teilausverkäufe zugestanden wurde. Als Gründe, die zu einer Ausnahme von diesen ein- oder mehrjährigen Fristen berechtigten, werden in der Verordnung die Fälle von Krankheit, Todesfall, finanzieller Notlage, bevorstehendem Umzug oder Umbau genannt (AVO

---

1) Vgl. *Wassermann Rudolf,* Der Ausverkauf als Selbstzweck, in: MuW 31 (1931) 422.

2) BBl 1909 IV 94 ff.

3) Ebenso RGSt 45, 372; diesem folgend *Frey* 94, *Reimer* 482 N 6 und *Wassermann* aaO 422.

1, 2. Satz); selbstverständlich ist diese Aufzählung keine abschliesende, weshalb ein Gesuchsteller auch andere Gründe geltend machen önnte. Die zuständigen Behörden haben die sachliche Berechtigung er angegebenen Gründe zu prüfen und immer dann, wenn keine Missbräuche befürchtet werden müssen, eine Ausnahme von der Wartefrist zu gewähren [4].

2. Der zweite Vorbehalt zum Grundsatz, dass die nichtperiodichen Veranstaltungen jederzeit bewilligt und durchgeführt werden önnen, ist in AVO 9.1 2. Satz festgehalten und besagt, dass der *Beinn* der Total- und Teilausverkäufe nicht in die Zeit vom 15. Noember bis 14. Januar und derjenige der Teilausverkäufe zudem icht in die letzten zwei Wochen vor Ostern und Pfingsten fallen ürfe. Der Vorbehalt erfährt noch dadurch eine Verschärfung, als die Kantone den bundesrechtlichen Zeitpunkt des Verbots auf den 1. Noember vorverschieben und überdies den Beginn eines Total- und Teilausverkaufs während der Schweizerwoche verbieten können AVO 26.II) [4].

Für die Begründung dieser Bestimmung lassen sich keine polizeichen Überlegungen anführen; vielmehr ist ihr Zweck ein wirtschaftsolitischer und hat deshalb vor BV 31 keinen Bestand. Bedenkt man ämlich, dass die angegebenen Sperrzeiten mit den Zeiten der grossen esttagsgeschäfte des regulären Detailhandels zusammenfallen, so ist icht ersichtlich, dass der ordentliche Handel vor Störungen durch usverkaufsveranstaltungen geschützt werden soll. Diesen wirtchaftspolitischen Intentionen scheint auch das Bundesgericht Vorschub u leisten, wenn es sich in einem unveröffentlichten Urteil vom 4. Dezember 1925 auf den Standpunkt stellt, es dürfe im Dezember ie Bewilligung speziell solcher Verkäufe, die sich nur auf einen Teil es Warenlagers beziehen, verweigert werden, „da sonst die Teilausverkäufe während dieser Zeit allzusehr überhand nähmen, sofern an sie grundsätzlich zulassen müsste“ [5].

Der Wortlaut der Vorschriften AVO 9.1 ist klar; er besagt, dass ur der Beginn der Veranstaltung beschränkt ist; denn es kann einem Gewerbetreibenden nicht zugemutet werden, seinen Ausverkauf zu nterbrechen und nachträglich wieder fortzusetzen. Anderseits ist die enaue Festsetzung der Zeitpunkte geradezu angetan, die Ausver-

4) Vgl. z. B. Glarus (G 21), Zug (G 15.2), Appenzell I.-Rh. (VV 4).
5) Vgl. St. Gallische Verwaltungspraxis II (1925) 417; ebenso BGE 52 318 E 3b.

käufer zur Umgehung des Verbotes zu veranlassen; diese könnte nämlich ihre Veranstaltung unmittelbar vor dem gesetzlich festgeleg ten Fristenlauf beginnen, was ihnen billigerweise nicht verboten wer den dürfte. Die Gewerbetreibenden brauchen aber nicht diesen We zu beschreiten, sondern können mit dem Gesuch an die zuständig Instanz gelangen, von der Anwendung dieser zeitlichen Schranke ab zusehen. Denn der Verordnungsgeber hat die Bewilligungsbehörde ausdrücklich angewiesen, in jenen Fällen, „in denen die Verweigerun der Bewilligung eine besondere Härte darstellen würde", *Ausnahme* zuzulassen (AVO 9.1, 3. Satz) [6]. — Meines Erachtens ist diese, ihren wirtschaftspolitischen Gehalt nach ungerechtfertigte zeitliche Beschrän kung in liberaler Weise zu handhaben, und es sollte eine Ausver kaufsbewilligung immer dann erteilt werden, wenn sonstwie kein Missbräuche zu befürchten sind.

3. Für die nichtperiodischen Veranstaltungen gibt es auch Schran ken der *Dauer*. Durch die Festsetzung einer bestimmten Veranstal tungsfrist soll verhütet werden, dass der Verkauf durch Nachschiebe von Waren in die Länge gezogen wird, und dass damit das Publikum in seiner Erwartung günstiger Kaufvorteile — die es regelmässig mi der Veranstaltung eines Räumungsverkaufs verknüpft — oder soga über die Qualität der nachgeschobenen Waren getäuscht werden kann Da die Bekämpfung dieser Gefahren im Hinblick auf die Wahrun der Grundsätze von Treu und Glauben erfolgt, ist die Beschränkun der Dauer an sich gewerbepolizeilich zulässig [7]. Doch fragt es sich, ob die Bestimmung über die Dauer auch neben dem Schubverbot, da den nämlichen Zweck erfüllt, eigenen Bestand hat, oder ob ihr nu mittelbare Bedeutung als Ergänzung des Schubverbots zukommt Zwar würde die Tatsache, dass die Dauer einer Ausverkaufsveran staltung durch das richtig gehandhabte Schubverbot ohnehin zeitlich beschränkt wird, eine weitergehende Beschränkung des Ausverkauf überflüssig machen. Hingegen hat die zeitliche Zwangslage des Aus verkäufers zur Folge, dass der Warenabsatz beschleunigt und dami eine gewisse Gewähr geboten wird, dass der Veranstalter wirklich Kaufvorteile verabfolgt [8]. Zudem gerät der Geschäftsmann bei de

6) Solche Erleichterungen dürften vor allem den Veranstaltern von Tota ausverkäufen zugutekommen, da der Anlass zur Durchführung eines Totalau verkaufs in der Regel zwingender ist als jener des Teilausverkaufs. So ausdrück lich Zug (G 15.1).

7) Vgl. Entscheid des Bundesrates vom 31. 12. 1909, in: BBl 1910 I 51.

8) *Frey* 96.

verhältnismässig kurzen Frist weniger in Versuchung, das Warenschubverbot zu übertreten als wenn überhaupt keine eigentliche zeitliche Schranke vorhanden wäre, und man den Entscheid über das Ende des Ausverkaufs dem Gutdünken des Veranstalters überlassen müsste. In diesem Sinne dient also die zeitliche Beschränkung mittelbar der Einhaltung des Warenschubverbots und ist deshalb gewerbepolizeilich gerechtfertigt.

Ihrer Ausgestaltung nach entspricht die Beschränkung der Dauer dem Umfang des zu räumenden Warenbestandes bei beiden Ausverkaufsarten. Die Dauer von 4 bis 6, bzw. 1 bis 2 Monaten für die Total- bzw. Teilausverkäufe (AVO 10.1a und b) ist so bemessen, dass der Räumungszweck auch wirklich erreicht werden kann. Sollten sich bei der Durchführung eines Ausverkaufs wider Erwarten besonders ungünstige Verhältnisse einstellen, so kann die Bewilligungsbehörde die gesetzlich festgelegten Grenzen überschreiten, da die Fristen lediglich als regelmässige („in der Regel") vorgesehen sind.

Um eine Verlängerung des Ausverkaufs und damit indirekt einen Warenschub zu verhindern, musste der Verordnungsgeber noch eine Sonderbestimmung für die Unternehmen mit mehreren Verkaufsstellen erlassen. Bei einem Filialunternehmen könnte nämlich die restliche Ware aus dem Ausverkauf der einen Filiale in eine andere Verkaufsstelle der gleichen Unternehmung gebracht werden, und diese Filiale könnte nun ihrerseits einen Ausverkauf durchführen. Aus diesem Grunde verlangt AVO 10.2, dass die Kantone den Beginn der Veranstaltungen mehrerer Verkaufsstellen innerhalb des gleichen Wirtschaftsgebietes auf den gleichen Tag festsetzen. Die Durchsetzung dieser Vorschrift setzt das gegenseitige Einvernehmen der zuständigen Amtsstellen voraus; dieses ist dann um so nötiger, wenn das Wirtschaftsgebiet mehrere Kantone beschlägt [9].

II. Beschränkungen der periodischen Veranstaltungen

Da der Anlass zur Durchführung der periodischen Veranstaltungen in der Regel nicht so zwingend ist wie derjenige bei den Total- und Teilausverkäufen, können die periodischen Verkäufe nicht jederzeit bewilligt und durchgeführt werden. Der Verordnungsgeber hat die Saisonschluss- und Ausnahmeverkäufe zeitlichen Beschränkungen

9) Vgl. EVD Erläut. N 3 zu AVO 10.

unterworfen, die bedeutend weitergehen als die bisher behandelten der nichtperiodischen Veranstaltungen. Polizeilich ist diese strengere zeitliche Regelung nur z. T. gerechtfertigt; denn oft liess sich der Verordnungsgeber von wirtschaftspolitischen Motiven leiten.

1. Die Dauer der *Saison- und Inventurausverkäufe* ist auf zwei bis vier Wochen festgelegt (AVO 10.1c), auf eine Frist also, die dem Räumungszweck der Veranstaltung Rechnung trägt [10]. Die ratio legis dieser Schranke ist die gleiche wie bei den andern, die Räumungsverkäufe beschränkenden Bestimmungen; hier wie dort soll eine Treu und Glauben gefährdende Verlängerung des Ausverkaufs verhindert werden. Insofern ist diese Schranke gerechtfertigt.

Die Saisonverkäufe sind auch der Wartefrist (AVO 11) unterworfen. Diese Einbeziehung ist in erster Linie wegen der rechtlichen Qualifikation der Saisonausverkäufe als Räumungsverkäufe (vgl. AVO 2.1c) erfolgt und erscheint gerade deshalb fragwürdig: Denn das gewerbsmässige Ausverkaufen, das mit der Wartefrist bekämpft wird, kann naturgemäss nur im Herumziehen betätigt werden. Demgegenüber ist der Saisonverkauf die Veranstaltung des sesshaften Gewerbes und sein Räumungszweck ist nicht wie beim Ausverkauf im engeren Sinne Selbstzweck, sondern lediglich das Mittel zur erfolgreichen Weiterführung eines bereits bestehenden Geschäftes. Somit besteht beim Saisonausverkauf normalerweise nicht die Gefahr des gewerbmässigen Ausverkaufens, zumal die Veranstaltung kraft ausdrücklicher Vorschrift alljährlich höchstens zweimal und nur während bestimmter Zeit durchgeführt werden darf (vgl. AVO 9.2). — Bei der Unterstellung der Saisonausverkäufe unter die Wartefrist hat man auch an den Sonderfall gedacht, wo eine Gewerbetreibender unmittelbar vor der Ausverkaufssaison ein Geschäft eröffnet und seine im Hinblick auf den Ausverkauf erworbenen Waren abstossen möchte; ein solches Vorschieben, so glauben die Erläuterungen des EVD, lasse sich praktisch nicht verhindern, und deshalb sei der Einbezug der Saisonausverkäufe zur Verwirklichung des Warenschubverbots (AVO 13) notwendig [11]. Meines Erachtens kann aber gerade in einem solchen Fall auf eine präventivpolizeilichen Zwecken die-

10) Die Dauer ist auch hier als regelmässig („in der Regel") gedacht, weshalb die baselstädtische Bestimmung V 3.2, wonach Saison- und Inventurausverkäufe auf „in der Regel höchstens drei Wochen" zu bewilligen sind, mit dem Bundesrecht nicht vereinbart werden kann.

11) EVD Erläut. N 1.2 zu AVO 11.

nende Wartefrist verzichtet werden, denn die Überschreitung des Schubverbotes — das Erwerben von Ware im Hinblick auf den Ausverkauf — liegt nirgends offensichtlicher vor als hier, und bei einem solchen Treu und Glauben widersprechenden Verhalten kann die Bewilligung ohne weiteres verweigert werden (vgl. AVO 6.1b). — Diese Überlegungen zwingen uns zur Feststellung, dass die Wartefrist für Saisonausverkäufe ein untaugliches Mittel zur Erreichung des von der Verordnung verfolgten polizeilichen Zweckes ist; demgemäss verstösst die Bestimmung gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und ist deshalb verfassungswidrig [12].

Schliesslich sind die Saisonausverkäufe in bezug auf Beginn und Häufigkeit der Veranstaltung beschränkt, da sie nur in der Zeit vom 15. Januar bis Ende Februar und vom 1. Juli bis 31. August durchgeführt werden können, und da während diesen Zeiträumen nur eine einzige Bewilligung für die nämliche Verkaufsstelle erteilt werden darf (AVO 9.2). Die Beschränkung der Häufigkeit der Saisonausverkäufe ist materiell gerechtfertigt. Denn die saisonbedingte Räumung demodierter Waren, die mit der Durchführung der Saisonausverkäufe bezweckt wird, kommt praktisch im Jahr nur zweimal und gewöhnlich nur am Ende der Verbrauchsabschnitte in Frage, also zu jenen Zeiten, die der Verordnungsgeber in AVO 9.2 festgesetzt hat. Fragwürdig erscheint dagegen die gesetzliche Beschränkung des Beginns der Veranstaltungen, weil sich namentlich bei Modegeschäften wirtschaftliche Verhältnisse einstellen können, die vor Saisonende z. B. zu Preisreduktionen nötigen, und deshalb eine vorzeitige Durchführung der Saisonausverkäufe angezeigt wäre. Aus unerfindlichen Gründen glaubte der Verordnungsgeber diesen Sonderfällen nicht Rechnung tragen zu müssen: Wäre nämlich der Verzicht auf eine solche Ausnahmebestimmung aus Gründen der Rechtsgleichheit erfolgt — dass alle Veranstalter das Anrecht hätten, ihre Verkäufe zur gleichen Zeit zu beginnen —, so ginge diese Überlegung fehl; denn die ungleichen Bedingungen bestehen schon rein tatsächlich und würden nicht durch jene mit der Gewerbefreiheit allein zu vereinbarenden Ausnahmevorschrift erst geschaffen. Hätte man sich hingegen auf den Standpunkt gestellt, die generelle Fristansetzung des Beginns der Veranstaltungen sei im Interesse der behördlichen Präventivkontrolle geschehen, so müsste dem entgegengehalten werden, dass die Überhäufung der Behörden mit Bewilligungsgesuchen eine

12) Sowie gesetzwidrig, denn im UWG 17.2, 2. Satz sind nur die Total- und Teilausverkäufe der Wartefrist unterstellt.

pflichtgemässe Überprüfung des Geschäftsgebarens wesentlich erschwert. — Aus den erwähnten Gründen stellt die Vorschrift über den Beginn der Saisonverkäufe in ihrer generellen Form einen unverhältnismässigen polizeilichen Eingriff in die Gewerbefreiheit dar und ist deswegen verfassungswidrig.

2. Wie die Saisonausverkäufe sind auch die *Ausnahmeverkäufe* zeitlichen Beschränkungen unterworfen. So dürfen diese nur für die Dauer von zwölf Werktagen bewilligt werden (AVO 10.1d), wobei die angesetzte Veranstaltungsfrist nicht wie z. B. bei den Saisonausverkäufen eine regelmässige, d. h. eine Frist, die von der Bewilligungsbehörde je nach Sachlage überschritten werden kann —, sondern eine Höchstdauer ist. Der Verordnungsgeber statuierte hier wohl besonders deshalb eine kürzere Frist, um die Freiheit des Warennachschubes (bei den Ausnahmeverkäufen) durch eine strengere zeitliche Beschränkung auszugleichen [13]. — In bezug auf Beginn und Häufigkeit der Veranstaltung sind die Ausnahmeverkäufe dagegen den Saison- und Inventurausverkäufen gleichgestellt. Wie diese dürfen sie nach AVO 9.2 nur zweimal jährlich innerhalb der Zeiten vom 15. Januar bis Ende Februar und vom 1. Juli bis Ende August durchgeführt werden. Der Verordnungsgeber ging dabei von der Voraussetzung aus, die Notwendigkeit zur Räumung demodierter Ware und zur Geschäftsbelebung stelle sich gleichzeitig ein, nämlich auf Ende einer Saison.

Aus dem Gesagten ist leicht ersichtlich, dass die Durchführung der Ausnahmeverkäufe empfindlich eingeschränkt ist. Wie wiederholt betont, darf die Behinderung einer an sich zulässigen gewerblichen Betätigung, wie es die Veranstaltung eines Ausnahmeverkaufs ist, nur aus polizeilichen Überlegungen erfolgen, um vor BV 31 Bestand zu haben. Wir müssen deshalb untersuchen, ob für die zeitlichen Beschränkungen des Ausnahmeverkaufs neben den erwähnten noch andere, polizeiliche Gründe geltend gemacht werden können. Meines Erachtens lassen sich für die Begründung solcher zeitlicher Beschränkungen keine polizeilichen Gründe finden. Vielmehr verfolgen die zeitlichen Schranken selber einen wirtschaftspolitischen Zweck, denn mit ihrer Hilfe soll die Konkurrenzierung des ordentlichen Handels mit Sonderangeboten während der Zeit der Saisongeschäfte, also während des grössten Teils des Jahres, verhindert werden; infolge-

13) EVD Erläut. N 2.5 zu AVO 2.

essen gilt der Kampf nicht etwa dem unlauteren Wettbewerb, ondern der Konkurrenz schlechthin. Anderseits läuft die kurz be-istete, zeitweise Zulassung der Ausnahmeverkäufe in den Monaten anuar/Februar und Juli/August (AVO 9.2) praktisch auf einen esetzlich organisierten Konkurrenzkampf hinaus [14].

Trotz ihres eindeutig wirtschaftspolitischen Gehalts wurden die eitlichen Beschränkungen in der Praxis des Bundesgerichts als ver-assungsrechtlich zulässig erachtet, da sie der Wahrung von Treu nd Glauben im Geschäftsverkehr dienten [15]. Tatsächlich haben eriodizität und kurze Dauer der Ausnahmeverkäufe zur Folge, ass der Veranstalter an sich nicht auf Schwindeleien angewiesen ist, m Käufer in sein Geschäft zu locken; denn das Publikum hält im ewusstsein um den Geschäftsturnus mit seinen Einkäufen instinktiv urück und findet sich zur Zeit der Veranstaltung im allgemeinen uch ohne ausdrückliche Reklameversprechen zum Kauf ein, weil es ben den Ausnahmeverkauf als günstige Einkaufsgelegenheit betrach-et. Diese Tatsache allein kann aber den Gewerbetreibenden nicht avon abhalten, das Publikum über Preiswürdigkeit und Qualität er zum Verkauf gestellten Ware zu täuschen; diese Gefahr ist brigens recht naheliegend, wenn man bedenkt, dass die kurz be-nessene Veranstaltungsdauer möglichst gewinnbringend ausgenützt ein will und zu diesem Zweck Ramschware beschafft wird. Zudem t auch die rechtliche Gleichstellung der Saisonausverkäufe und usnahmeverkäufe in bezug auf Beginn und Häufigkeit nicht eben eeignet, der anderen, nämlich der Verwechslungsgefahr zwischen en beiden Veranstaltungen zu steuern.

Diese Überlegungen zwingen uns zur Feststellung, dass die zeit-chen Beschränkungen des Ausnahmeverkaufs ihrem wirtschaftspoli-schen Gehalt nicht geeignet sind, mittelbar der Wahrung von Treu nd Glauben zu dienen, sondern eher die Anwendbarkeit der Be-immungen über die Ankündigung (AVO 2.3, 14. 15) und Aus-onderung (AVO 12) erschweren.

---

14) *Frey* 99.

15) Vgl. BGE 52 I 318 (ohne nähere Begründung) sowie den nichtpubl. Ent-heid vom 24. 12. 1925 i. S. Kaller g. St. Gallen. — Anders der Bundesrat in inem Urteil vom 5. 1. 1906 i. S. Magazin zum Wilden Mann g. Baselstadt, wo die Verhinderung eines Saisonausverkaufs im Monat Dezember als gewerbe-olizeilich unzulässig bezeichnete; solche Verkäufe, so führte er im wesentlichen us, haben das ganze Jahr den gleichen Charakter und können nicht für einen estimmten Monat als unlautere Konkurrenzmassnahme verboten werden (*Burck-ardt* BR 118 f, N 433, III).

3. Mit Rücksicht auf die besonders örtlichen und Branchenverhältnisse in den einzelnen Kantonen hat der Verordnungsgeber hinsichtlich der zeitlichen Beschränkungen der periodischen Veranstaltungen vom Bundesrecht *abweichende kantonale Vorschriften* zugelassen. So können die Kantone die Zeiträume, in denen die periodischen Veranstaltungen statthaft sind, verschieben (AVO 26.III), und zwar im Sinne einer Verschiebung des frühesten Beginns der Veranstaltung auf einen späteren als den bundesrechtlichen Zeitpunkt in AVO 9.2. Die Zeiträume dürfen aber nicht etwa so verschoben werden, dass die Verschiebung einer Kürzung der bundesrechtlich festgesetzten Veranstaltungsdauer in AVO 10 gleichkäme; vielmehr dauert die ganze Ausverkaufszeit um so viel über Ende Februar oder Ende August hinaus, als der Beginn gegenüber dem Bundesrecht verschoben wird [16]. — Von dieser in AVO 26.III vorgesehenen Möglichkeit haben einzelne Kantone mit unterschiedlicher Begründung Gebrauch gemacht. So möchte Graubünden (AB 8) die Gewerbetreibenden seiner Kurorte vom Zustrom der Fremden profitieren lassen. Dagegen stellt das bernische Warenhandelsgesetz (Art. 45.2) auf die Art der geführten Ware ab und gestattet daher die Durchführung periodischer Verkäufe erst nach Schluss der Hauptsaison der betreffenden Ware [17].

Weiter sind die Kantone gemäss AVO 26.1 ermächtigt, für die Veranstaltung von Ausnahmeverkäufen eine allgemeine Bewilligung zu erteilen d. h. die kantonalen Bewilligungsbehörden können allen Detailverkaufsgeschäften ihres Kantons die Durchführung eines Ausnahmeverkaufs derart erlauben, dass nicht jeder Gewerbetreibende einzeln um die Bewilligung nachsuchen muss. In diesem Fall dürfen die Ausnahmeverkäufe — nicht auch die Saison- und Inventurausverkäufe — nur während eines für den ganzen Kanton innerhalb der Ausverkaufszeiten einheitlich festzusetzenden Zeitraumes von zwölf Werktagen veranstaltet werden.

Diese Sonderregelung, die bis anhin in den Kantonen Zug (G 15.4) Waadt (Beschluss 4) und Genf (Beschluss 6) verwirklicht worden ist, stellt einen Einbruch in die Konzeption der Ausverkaufsordnung dar. Einmal wird im System der Generalbewilligung auf eine polizeiliche

16) *Giger* 257.

17) In städtischen Verhältnissen wird allerdings der Saisonschluss für die meisten Branchen ungefähr mit dem bundesrechtlich festgesetzten Zeitpunkt zusammenfallen, vgl. ZBl 36 (1935) 233.

Präventivkontrolle und damit auf die Anwendung der die Einzelbewilligung betreffenden Bestimmungen (AVO 5—9) verzichtet. Sodann bringt es die ausschliesslich für die Ausnahmeverkäufe geltende sowie Bewilligungsverfahren und insbesondere Gebührenerhebung [18] vermeidende Ordnung mit sich, dass praktisch keine Saisonausverkäufe mehr durchgeführt werden und damit das Warenschubverbot (AVO 13) für periodische Veranstaltungen tatsächlich ausser Kraft gesetzt ist. Bei dieser Rechtslage d. h. bei diesem Abbau polizeilicher Beschränkungen der HGF, hätte man ein Mehr an individueller Freiheit für die Gewerbetreibenden erwarten dürfen. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr sind die bereits bestehenden wirtschaftspolitischen Schranken noch insofern verstärkt, als nicht mehr der einzelne, sondern die Behörden die Veranstaltungsfrist ansetzen. Damit ist dem Gewerbetreibenden die Möglichkeit genommen, den Beginn eines Ausnahmeverkaufs — vorbehältlich der Schranken von AVO 2.2 — nach den Bedürfnissen seines Geschäftes zu richten. Unter diesem Gesichtspunkt stellt die beschriebene Sonderregelung nicht nur einen Einbruch in die Ausverkaufsordnung, sondern auch in die Gewerbefreiheit dar. — Das System der Generalbewilligung ist an sich nicht geeignet, die Grundsätze von Treu und Glauben im Ausverkaufswesen zur Geltung zu bringen. Schon der äussere Umstand, dass Kantone wie Waadt und Genf auf eine Gebührenerhebung verzichten, bringt es mit sich, dass die Behörde kein grosses Interesse an der Überwachung der Ausnahmeverkäufe haben. Für eine Behörde jedoch, die sich nicht nur mit einer schematischen Kontrolle begnügt, hält es schwer, ohne vorgängige Überprüfung von Gesuchen die notwendigen Anhaltspunkte über das ordentliche Geschäftsgebaren eines Gewerbetreibenden zu sammeln und gegebenenfalls einen Verstoss gegen Treu und Glauben festzustellen. Sollte aber der Nachweis eines unlauteren Geschäftsgebarens wie z. B. einer Verletzung von AVO 15 gelingen, so fragt es sich, welche verwaltungsrechtlichen Massnahmen zu ergreifen sind, nachdem ein eigentlicher Entzug der Bewilligung im Sinne von AVO 7 ausser Betracht fällt. In diesem Falle, so glauben die Erläuterungen des EVD [19], kann der Gewerbetreibende durch polizeiliche Verfügung der Vorteile der

18) Weder Waadt noch Genf erheben für die sog. ventes au rabais Gebühren; dies rechtfertigt sich deshalb, weil beim Verzicht auf ein Einzelbewilligungsverfahren der äussere Anlass zur Gebührenerhebung wegfällt.

19) EVD Erläut. N 2.2 zu AVO 26.

allgemeinen Bewilligung verlustig erklärt werden, d. h. er kann angewiesen werden, seine Veranstaltung unverzüglich einzustellen; kommt er dieser Weisung nicht nach, so gewärtigt er im schlimmsten Fall die vorübergehende polizeiliche Schliessung seines Geschäftes (AVO 24.2). Dieser Lösung ist beizustimmen, denn man kann die Bewilligungsbehörde nicht zu einer eingehenden Kontrolle und damit zur Wahrung von Treu und Glauben verpflichten, und ihr umgekehrt die dazu zweckdienlichen Massnahmen vorenthalten. Nur müssen die Behörden hier besonders den Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs beachten.

5. Kapitel:

Die sachlichen Beschränkungen

Während die zeitlichen Beschränkungen zum Teil mit wirtschaftspolitischen Überlegungen gerechtfertigt werden müssen, lassen sich die sachlichen sowohl aus der Natur der Sache wie auch vom wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkt aus begründen. Bei diesen Beschränkungen, die sich zum Teil ergänzen, handelt es sich um das Gebot, die in den Ausverkauf einzubeziehenden Waren auszusondern (AVO 12), und um das Verbot, andere als die ausgesonderten Waren in die Veranstaltung einzubeziehen (AVO 13).

Der *Begriff der Räumung* setzt eine abgegrenzte Warenmenge voraus. Die Abgrenzung lässt sich dadurch erreichen, dass man eine Warenmenge von der übrigen räumlich trennt und damit individualisiert. Soll nun diese Warenmenge geräumt werden, so würde es dem Sinn des Zuendeverkaufens widersprechen, wenn das Warenquantum immer gleich bliebe oder sogar erhöht würde; denn durch das ständige Nachschieben von Waren würde das Ende des Verkaufs fortwährend hinausgeschoben. Bereits aus diesem Grunde sind die sachlichen Ausverkaufsbeschränkungen gerechtfertigt.

Der ratio legis gemäss dürfen *Ausverkäufe nicht zur Täuschung* des kaufenden Publikums missbraucht werden. Darauf würde z. B. jene Veranstaltung hinauslaufen, bei welcher der Geschäftsmann durch ungenügende Individualisierung der Ausverkaufsware das Publikum zum Kauf der übrigen, ohne besondere Vergünstigung angebotenen Waren verleitet. Weil schon jede Ankündigung die Ware oder min-

estens den Verkauf an sich individualisiert, muss die Ware, die urch die angekündigte Vergünstigung besonders kaufenswert erheint, auch räumlich getrennt werden. Desgleichen darf die angeündigte Räumungsware nicht mit neuer, billig zusammengekaufter nd meistens qualitativ minderwertiger Ware vermischt und vernehrt werden, da sonst das Publikum um die erwarteten Vorteile etäuscht wird. Gerade deshalb ist die Auffüllung des Lagers besonders verwerflich, weil sie die grosse Suggestivwirkung der Ausverkaufsreklame unlauteren Zwecken nutzbar macht[1].

Diese Ausführungen zeigen den inneren Zusammenhang auf, der wischen den Bestimmungen über die sachliche Beschränkung des usverkaufs und der Vorschrift über den unzulässigen Inhalt der nkündigung (AVO 15) besteht, welche zum Teil in Gesetzeskonurrenz mit jenen Bestimmungen tritt.

I. Die Aussonderung

1. Die Aussonderungsvorschrift (AVO 12) bestimmt, dass die in ine Ausverkaufsveranstaltung einbezogenen Warenbestände deutlich u bezeichnen und nach Möglichkeit getrennt zu halten sind, sofern ch die Veranstaltung nicht auf alle im Verkaufslokal angebotenen Waren bezieht. AVO 12 will das kaufende *Publikum vor Täuschung chützen.* Die Bestimmung bezweckt also nicht, das Publikum überaupt von Ausverkaufsveranstaltungen fernzuhalten, was über den olizeilichen Schutzgedanken hinausginge. Die Täuschungsgefahr soll ediglich dadurch vermindert werden, dass der Ausverkäufer zur ndividualisierung seiner Ware verpflichtet wird, d. h. dass er seine urch die Ankündigung bereits individualisierte Ware auch in Geschäftslokal und Schaufenster räumlich trennt und nicht etwa das ublikum zum Kauf der übrigen, Nichtausverkaufsware, verleitet.

2. Da die Täuschungsgefahr vornehmlich bei Ausnahmeverkäufen esteht, hat der Verordnungsgeber den Geltungsbereich der Bestimung auf *alle bewilligungspflichtigen Veranstaltungen* ausgedehnt. reilich hat das Aussonderungsgebot für Totalausverkäufe, wo sämtche Waren in die Veranstaltung einbezogen werden, keine Bedeung. — Umgekehrt wurde die Vorschrift im Sinne einer Beschrän-

1) *Baumbach,* Kom. 237.

kung der Individualisationspflicht verengt. Es wird nur verlangt, dass die räumliche Trennung „nach Möglichkeit" zu geschehen habe, was sich in kleineren Verhältnissen oft nicht durchführen lässt. Anderseits kann der Geschäftsleitung eines Warenhauses, das in verschiedenen Räumen und Stockwerken verschiedene Warenkategorien führt, nicht zugemutet werden, alle Ausverkaufsware im gleichen Raum zu vereinigen [2].

3. Damit zusammenhängend stellt sich die im früheren kantonalen Recht akute Frage, ob die Ausverkäufe selbst immer im regelmässig benützten Verkaufslokal durchgeführt werden müssen, oder ob nicht auch gelegentlich benützte Verkaufsräume wie Souterrains und andere Nebenräume zur Durchführung verwendet werden dürfen [3]. Ohne die Frage selber zu beantworten, hat der Verordnungsgeber die Kantone ermächtigt, *Beschränkungen der Verkaufsveranstaltungen auf die Geschäftsräume* vorzuschreiben (AVO 25.1c). Dies deshalb, weil „die Verordnung vom sesshaften Ladengeschäft ausgeht und ... demnach eine „Verlegung des Ausverkaufs" auch innerhalb des Kantons nicht in Frage kommt" [4]. In besonderen Fällen wie etwa bei Brandfällen, Wasserschäden usw. müssen aber Ausnahmen gewährt werden, wie das in mehreren Kantonen vorgesehen ist [5]. Doch ist vor Übertreibungen auf der einen wie auf der andern Seite zu warnen. Denn unter dem Gesichtspunkt der Wahrung von Treu und Glauben ist der Ort des Ausverkaufs „viel weniger wichtig, als die Art, wie er durchgeführt wird" [6]. — Die Kontrollbehörde, die mit der Durchsetzung der Aussonderungsvorschrift betraut ist, sollte nicht kleinlich sein. AVO 12 ist nicht Selbstzweck, sondern lediglich ein Mittel, das die saubere Durchführung einer bewilligten Veranstaltung gewährleistet. Meines Erachtens sollte mit verwaltungsrechtlichen Massnahmen wie z. B. dem Entzug der Bewilligung nur eingeschritten werden, wenn es Treu und Glauben unbedingt erfordern.

---

2) EVD Erläut. N 2 zu AVO 12.
3) Vgl. Übersicht bei *Germann*, Vorschläge 38.
4) EVD Erläut. N 2 zu AVO 25.
5) Vgl. Bern (G 43), Luzern (V 5.2), Zug (G 13), Baselstadt (V 4) und Schaffhausen (G 36). — Dagegen lässt Neuenburg (Beschluss 8) keinen Lokalwechsel zu, wenn das neugewählte Lokal in der Nähe eines Verkaufsgeschäftes ist, welches zu normalen Preisen Waren gleicher Art verkauft (was eine unzulässige wirtschaftspolitische Überlegung ist).
6) *Germann*, Vorschläge 38.

II. Das Warenschubverbot

1. AVO 13 bestimmt, dass in einem Ausverkauf keine Waren nbezogen werden dürfen, „die vor oder während der Veranstaltung n Hinblick auf den Ausverkauf erworben oder hergestellt worden nd". Der Zweck dieser Vorschrift, die nur für Ausverkäufe und icht auch für Ausnahmeverkäufe gilt, ist klar und verfassungsechtlich unbestritten [7]. Die Bestimmung soll gewährleisten, dass ein eschäft, welches einen Ausverkauf ankündigt, wirklich nur Räuungsware zum Verkauf bringt, und die Veranstaltung nicht mit euer, hinzugekaufter Ware alimentiert, wodurch die Käufer unter Jmständen über Preis und Qualität des Kaufgegenstandes getäuscht erden können.

Die Vorschrift unterscheidet zwischen Waren, die vor und während er Veranstaltung einbezogen werden, und damit zwischen dem *Vornd Nachschieben* der Ware. Wirtschaftlich, d. h. vom Gesichtspunkt er Räumungszwangslage aus betrachtet, besteht zwischen beiden ein Unterschied; dieser liegt lediglich im zeitlichen. Somit ist unter Vorschub das Herbeischaffen der Ware vor, unter Nachschub dasenige nach erfolgter Ankündigung und damit Durchführung des usverkaufs zu verstehen [8].

2. Das Verbot gilt für Waren, die *„im Hinblick auf den Auserkauf"* erworben oder hergestellt worden sind. Diese Klausel ist enerell gefasst; so allgemein, dass man e contrario folgern kann, ass alle Waren, die nicht im Hinblick auf den Ausverkauf erworben der hergestellt werden, in den Ausverkauf einbezogen werden ürfen. Mit dieser grammatikalisch-logischen Interpretation ist nichts ewonnen; es bleibt weiterhin die Frage offen, wann eine Ware im Hinblick auf den Ausverkauf erworben wird. Gerade über diese rage hat sich der Verordnungsgeber aber ausgeschwiegen; das wohl it guten Gründen, denn befriedigende allgemeine Regeln liessen ch angesichts der unterschiedlichen Bedürfnisse der verschiedenen ranchen und angesichts der variablen allgemeinen Wirtschaftslage aum aufstellen.

Einen krassen Fall des Vorschubs, und zwar des gesamten Varenvorrates, haben wir bereits oben erwähnt, wo ein Verkaufsokal nur in der Absicht, bald einen Ausverkauf zu veranstalten,

7) Vgl. BGE 48 I 459, 54 I 14.
8) *Reimer* 481.

auf besonders kurze Zeit gemietet wird. Ein unzulässiges Vorschieben liegt auch dann vor, wenn ein Kaufmann vor Beginn der Saison offensichtlich mehr Waren bestellt, als er im ordentlichen Geschäftsgang verkaufen kann. Doch ist gerade bei der Bekleidungsbranche vor Verallgemeinerungen der Rechtsanwendung zu warnen. Denn hier wird die Ware auf geschlossene Aufträge des Detailhandels hin hergestellt und oft in zeitlich verspäteten Teilsendungen geliefert. Erfolgt eine solche Teillieferung ohne Hinzutun des Gewerbetreibenden erst während der Verkaufsveranstaltung, so darf die eingetroffene Ware in den Ausverkauf einbezogen werden [9]. Das Schubverbot kann demnach nicht absolut bestehen. Bei der erwähnten Sachlage stellen die deutsche Literatur und Praxis darauf ab, ob der Kaufmann die nachgelieferte Ware annehmen müsse oder nicht [10]. Diese Regel kann nur halb befriedigen, denn es wird für den bösgläubigen Gewerbetreibenden ein leichtes sein, die nötigen Unterlagen für den Beweis einer zivilrechtlichen Annahmepflicht beizubringen. Auch wenn der nachträgliche Einbezug nicht gegen das Schubverbot verstösst, muss trotzdem eine Bewilligung eingeholt werden, weil sowohl der Ausverkauf selbst wie dessen Ausdehnung der behördlichen Kontrolle unterstehen müssen [11].

3. Das Schubverbot bezieht sich auf *Erwerb oder Herstellung* von Waren. Der Verordnungsgeber macht zwischen den beiden Beschaffungsarten keinen Unterschied und will damit zum Ausdruck bringen, dass der Warenschub als rein wirtschaftlicher Vorgang aufzufassen ist [12]. Das Rechtsverhältnis an der Ware spielt eine untergeordnete Rolle. Wohl kann das Herbeischaffen von Waren, die Dritten gehört, als Indiz für den Warenschub angesehen werden. Doch ist ein gesetzliches Verbot des Einbezuges von Kommissionswaren oder überhaupt von Waren Dritter (Zürich V 11, Obwalden V 8.2 [nur Kommissionswaren], Zug G 14, Appenzell I.-Rh. VV 6) vor dem Bundesrecht kaum haltbar [13].

---

9) Gl. A. EVD Erläut. N 1.2 zu AVO 13 und *Giger* 260.

10) Vgl. *Baumbach*, Kom. 238/39, *Mewes* 102, *Reimer* 484.

11) Ebenso *Giger* 260 und z. T. das kantonale Recht, vgl. Zürich V 2.4 2. Satz, Solothurn V 4.3 (nachträgl. Einbezug nur bei Totalausverkäufen), Basel-stadt V 2.3, II, Baselland VV 6.II, St. Gallen V 10.2 und Thurgau V 2.2g.

12) In diesem Sinne ist auch das „Herbeischaffen" von Waren in DUWG 8 zu verstehen, vgl. *Mewes* 101, *Petzall* 42.

13) *Giger* 260.

Das Verbot erstreckt sich nicht nur auf Waren, die von dritter Seite käuflich erworben oder sonstwie bezogen wurden, sondern auch auf solche, die vom betreffenden Geschäft selbst hergestellt worden sind. So bezieht sich das Verbot auf Waren, die von einer Konfektionsfabrik kurz vor oder während der Verkaufsveranstaltung hergestellt und in der betriebseigenen Verkaufsstelle nachgeschoben werden. Wenn dagegen ein Möbelgeschäft mit eigener Fabrikation in seiner Verkaufsstelle ordentlicherweise ausstellt, im Fabrikationsbetrieb aber Rohmöbel zur Verarbeitung auf Bestellung hin bereithält, so kann sich das Verbot nicht ohne weiteres auch auf die Rohmöbel beziehen; es greift erst dann ein, wenn die Rohmöbel im Hinblick auf die Veranstaltung hergestellt wurden, was zu beweisen allerdings schwierig sein wird [14].

4. Die Unternehmungen mit mehreren Verkaufsstellen haben neben dem allgemeinen Verbot des Warenvor- und Nachschubes auch die Vorschrift zu beachten, dass während eines Räumungsverkaufes keine Waren aus solchen Filialen einbezogen werden dürfen, denen nicht für dieselbe Zeit ein gleichartiger Ausverkauf bewilligt worden ist (AVO 13.2). Diese *Einschränkung des Warenverschubes*, d. h. des regelmässigen Austausches von Waren zwischen den verschiedenen, örtlich voneinander getrennten Verkaufsstellen desselben Unternehmens, rechtfertigt sich deshalb, weil sonst die Einhaltung des Warenvor- und Nachschubverbots nicht befriedigend kontrolliert werden könnte. Vor allem könnte ein Geschäft mit verschiedenen Filialen ohne die Schranke von AVO 13.2 faktisch die Vorschriften über die zulässige Häufigkeit und Dauer der Ausverkäufe (AVO 9 f) umgehen. Soweit dagegen in mehreren oder allen Filialen eines Unternehmens gleichzeitig gleichartige Ausverkaufsveranstaltungen durchgeführt werden, darf unter den betreffenden Verkaufsstellen die Ausverkaufsware unbeschränkt verschoben werden; dies deshalb, weil für die in Frage stehenden Verkaufsstellen eine Ausverkaufsbewilligung eingeholt wurde und somit Missbräuche nicht zu befürchten sind. Unzulässig ist dagegen der Warenverschub an Verkaufsstellen, für die eine Ausverkaufsbewilligung eingeholt wurde, oder zwischen Filialen, die verschiedene Arten von Ausverkäufen veranstalten (z. B. Totalausverkauf einerseits und Saison- und Inventurausverkauf anderseits) [15].

14) So *Giger* 260 und *Hindermann* 39; a. A. *Frey* 91 N 8.
15) Vgl. EVD Erläut. N 3 zu AVO 13.

5. Die *Kontrolle* über die Einhaltung des Warenvor- und Nachschubverbotes ist recht schwer. Schwierig kann es vor allem sein, einem Kaufmann den Zweck seiner Warenanschaffungen — ob für den Ausverkauf bestimmt oder nicht — nachzuweisen. Freilich steht den Kontrollorganen ein Inventar über die in den Ausverkauf einbezogenen Waren zur Verfügung, das die Feststellung eines eventuellen Nachschubes erleichtert. Auch die Einsicht in die Geschäftsbücher sollte über das Geschäftsgebaren des Gewerbetreibenden Aufschluss geben wie etwa über den jährlichen Warenumsatz oder die im Vorjahre zur gleichen Zeit getätigten Warenbestellungen. Demgegenüber bereitet die kurz bemessene Zeit für die behördliche Inventarisierung bei den Saisonausverkäufen einige Schwierigkeiten. Zudem kann man sich fragen, was denn jene Kantone, die keine Inventurpflicht erlassen haben, für die Einhaltung des Verbotes vorsehen wollen. Diesen glauben die Erläuterungen des EVD mit dem Hinweis auf Stichproben behilflich zu sein [16]. Meines Erachtens bedingen aber Stichproben ein Inventar oder, was auf dasselbe hinauskommt, die genaue Kenntnis der ordentlichen Geschäftsführung des betreffenden Kaufmanns. Aus diesem Grunde und im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Wahrung von Treu und Glauben postulieren wir de lege ferenda eine bundesrechtliche Inventurpflicht.

Ohne die Schwierigkeiten der Kontrolle über die Einhaltung des Schubverbots zu verkennen, glauben wir nicht, dass mit einer engeren Fassung des Artikels 13 diese Schwierigkeiten aus der Welt geschafft würden [17]. Wollte man nämlich mit Germann [18] eine zeitliche Grenze in der Weise ziehen, dass nur in der Regel Waren in die Veranstaltung einbezogen werden dürfen, die mindestens drei Monate vor deren Beginn vom Geschäft bestellt worden sind, so könnte gerade eine solche Bestimmung den Kaufmann verleiten, unter Respektierung des Wortlautes des Artikels seinem Sinn zuwiderzuhandeln. Der Verordnungsgeber hat wohl mit guten Gründen auf eine derartige Präzisierung verzichtet und den Kontrollbehörden Raum für eine differenzierte Rechtsanwendung gelassen.

---

16) EVD Erläut. N 2.2 zu AVO 13.
17) Ebenso *Giger* 260/61.
18) Vgl. *Germann*, Richtlinien 93.

6. Kapitel:

Insbesondere das Geschäftseröffnungsverbot

I. Verfassungs- und Gesetzesmässigkeit des Verbots

1. Mit Ablauf der Bewilligungsfrist und der damit zusammenängenden Beendigung des Ausverkaufs entfällt normalerweise die Notwendigkeit einer behördlichen Ausverkaufskontrolle. Denn der Veranstalter eines Totalausverkaufs hat, abgesehen von einem unvermeidlichen Restbestand, alle seine Waren veräussert und ist durch die Räumung seines Geschäftslokals oder sogar durch Wegzug aus dem Kreise seiner Konkurrenten ausgeschieden. Zeigt sich aber in der Folge, dass der durchgeführte Ausverkauf gar nicht gerechtfertigt war, oder erweist es sich, dass der Gewerbetreibende Behörde und Publikum sonstwie über seine wirkliche Absicht — die Veranstaltung zu vom Recht nicht gebilligten Zwecken zu gebrauchen — getäuscht hat und Anstalten trifft, seinen angeblich aufgegebenen Geschäftsbetrieb weiterzuführen, so stellt sich die Frage, ob und wie die Behörden gegen solch unlauteres Geschäftsgebaren vorgehen können.

Das frühere kantonale Recht hatte derartige Missbräuche unter Strafandrohung gestellt. Das Bundesgericht stimmte dieser Gesetzgebung grundsätzlich zu [1] und verwies die Kantone zudem auf die Möglichkeit, umgangene Gebühren nachzuholen und unter Umständen zu erhöhen [2]. Andere weitergehende Massnahmen gegen den Missbrauch einer Total- oder Teilausverkaufsbewilligung lehnte das Gericht jedoch ab. So erklärte es in konstanter Praxis [3] die *administrative Hinderung des wiederaufgenommenen Warenverkaufs* eines Geschäftes nach durchgeführtem Ausverkauf *als mit BV 31 aus folgenden Gründen unvereinbar:* „Freilich erscheint es bei erster Be-

1) BGE 42 I 25, 57 I 378 und 59 I 262 ff. Dabei kamen namentlich empfindliche Geldbussen in Betracht: 59 I 262 ff. — Die Frage ob ein zeitweises Verbot des Weiterbetriebes als eine vom Richter auszufällende Nebenstrafe zulässig ist, wurde offen gelassen: 57 I 382.

2) Zulässig war die nachträgliche Behandlung eines grundlos veranstalteten Totalausverkaufs als Teilausverkauf, bzw. Ausnahmeverkauf, wodurch eine höhere Abgabepflicht begründet wurde: BGE 43 I 246 f (mit einlässlicher Begründung), 53 I 71, 57 I 379.

3) BGE 42 I 25, 48 I 459, 57 I 378; so schon der Entscheid des Bundesrates in: BBl 1903 III 948 f.

trachtung naheliegend zu sagen: durch die Auskündigung eines Total-ausverkaufs werde der beabsichtigte Erfolg eines raschen Absatzes vorhandener Warenbestände durch die durch die Auskündigung hervorgerufene Vorstellung bewirkt oder doch verstärkt, dass das Geschäft nach Ablauf der Ausverkaufsfrist eingehe; deshalb sei dann der Ausverkäufer gehalten, diese von ihm hervorgerufene und ausgenützte Vorstellung wahrzumachen und das Geschäft aufzugeben. Allein eine Verpflichtung dies zu tun, die nur eine öffentlichrechtliche sein könnte, lässt sich daraus, dass jemand eine Ausverkaufsbewilligung missbraucht hat . . . , nicht ohne weiteres herleiten. Das Recht Handel zu treiben ist als solches innert der Schranken, die zum Schutz des öffentlichen Wohls aufgestellt sind, durch die Verfassung gewährleistet . . . Die Verfehlung besteht in einem Fall wie dem vorliegenden darin, dass eine Totalausverkaufsbewilligung missbraucht wurde, sei es dass die Aufgabe des Geschäftes gar nicht beabsichtigt war, oder dass diese Absicht nachher aufgegeben wurde. Die entsprechende Ahndung einer solchen Verfehlung besteht aber . . . nicht darin, dass . . . ein an sich erlaubter Geschäftsbetrieb durch Verwaltungsverfügung verboten wird . . ." [4]. Denn „ein solches Verbot greift so tief in die Gewerbefreiheit ein und steht in seinen Wirkungen in einem derartigen Missverhältnis zu der Verfehlung, dass es unmöglich als mit Art. 31 BV vereinbar angesehen werden kann" [5]. Art und Zeit des Vorgehens, das die Wiedereröffnung eines Geschäftes nach durchgeführtem Ausverkauf verhindert, sind unerheblich: Ob dieses Ziel erst nach der Veranstaltung auf Grund einer Verwaltungsverfügung durch unmittelbare Polizeigewalt erreicht wird, oder ob der Gewerbetreibende schon beim Ersuchen um eine Totalausverkaufsbewilligung zur Kautionsstellung bzw. schriftlichen Erklärung darüber gezwungen wird, sein Geschäft nach Durchführung der Veranstaltung einzustellen, spielt für die erwähnte Frage keine Rolle [6]. Ebenso verfassungswidrig erachtete das Gericht ein für alle Veranstalter in gleicher Weise verbindliches gesetzliches Ver-

---

4) BGE 57 I 377 f.

5) BGE 48 I 459/60.

6) Vgl. BGE 42 I 26: („Die Behörde ist nicht berechtigt, einen Erfolg, der auf dem Wege der einseitigen Verfügung anzustreben ihr Verfassung oder Gesetz verwehren, dadurch zu erreichen, dass sie sich als Äquivalent für eine polizeiliche Bewilligung vom Gesuchsteller bestimmte vertragliche Versprechen geben lässt", die dieser rechtlich nicht erfüllen kann, weil die Gewerbefreiheit ein unverzichtbares Individualrecht ist); ähnlich BGE 48 I 461 und 57 I 377/78.

ot, obwohl dieses zeitlich beschränkt war und für gewisse Fälle usnahmen vorsah [7].

2. Dieser langjährigen Gerichtspraxis zum Trotz hat der Gesetzeber in UWG 17.3 ein *bundesrechtliches Geschäftseröffnungsverbot* ufgestellt und damit die Handels- und Gewerbefreiheit in der ohlbegründeten Auslegung durch das Bundesgericht missachtet. Für ie vom Verbot beabsichtigte Hinderung des Missbrauchs der Ausverkaufsbewilligung und des gewerbsmässigen Ausverkaufens stehen ndere Rechtsbehelfe wie namentlich die strafrechtliche Sanktion AVO 19.1b) zur Verfügung, und das unverhältnismässige Verbot es Weiterbetriebes wäre deshalb nicht nötig gewesen. Wie gesagt, ann im ordentlichen Verkauf von Waren kein unlauteres Geschäftsebaren erblickt werden, und der Weiterbetrieb des Geschäftes nach eendigung eines Totalausverkaufs ist an sich nicht unzulässig. Liegt ber in diesem Falle keine Unlauterkeit vor und besteht auch die efahr einer solchen nicht, so kann kein polizeilicher Grund angeührt werden, der Verwaltungsmassnahmen zum Schutz von Treu nd Glauben rechtfertigen würde.

Vom Gesichtspunkt der Gesetzmässigkeit ist gegen das Verbot n der Verordnung nichts einzuwenden, denn das Wettbewerbsgesetz at dessen Grundsatz bereits in UWG 17.3 festgehalten. Immerhin ragt es sich, ob die *Ausdehnung des Grundsatzes* in der Verordnung *uf Teilausverkäufe gesetzmässig* ist. Wir müssen diese Frage bejahen, a die ratio legis — gewerbsmässigen Ausverkäufern den Riegel zu chieben — auch die Veranstalter von Teilausverkäufen wegen Aufabe einzelner Warengattungen oder Verkaufsabteilungen treffen uss.

II. Grundsatz und Ausnahmen des Verbotes

1. Wie die Verordnung sich ausdrückt, hat die zuständige Behörde ei der Bewilligung eines Totalausverkaufs „dem Gesuchsteller zu erbieten, innert einer Sperrfrist von einem bis zu fünf Jahren seit eendigung des Totalausverkaufs ein gleichartiges Geschäft in der

7) BGE 57 I 377; vgl. dazu §§ 17 und 25 des Zuger Gesetzes über den nlauteren Wettbewerb vom 21. 8. 1930. *Burckhardt*, Kom. 241 hält allerdings die chliessung des Geschäftes unter solchen Umständen nicht für verfassungswidrig. och hat das Bundesgericht seine Praxis in BGE 59 I 268 erneut bestätigt.

Schweiz zu eröffnen" (AVO 16.1). Der Zweck der Vorschrift ist klar: die angesetzte Sperrfrist soll verhüten, dass die Ausverkäufe zu nicht ernstlich gemeinten Betriebseinstellungen, denen alsbald die Eröffnung neuer Geschäfte folgt, missbraucht werden. In ihrer Zweckbestimmung — gegen die gewerbsmässigen Ausverkäufer gerichtet — sind sich die Vorschriften über die Wartefrist (AVO 11) und das Geschäftseröffnungsverbot gleich. Aus der praktischen Überlegung heraus, dass im Einzelfall nicht von vornherein festgestellt werden kann, ob die Bewilligung eines Total- oder Teilausverkaufs in der unlauteren Absicht, nachher das Geschäft oder einen Teil desselben wiederzueröffnen, nachgesucht wird, hat das Wettbewerbsgesetz das Verbot als *Grundsatz* aufgestellt (vgl. UWG 17.3). Dieser bietet für das Prinzip der Rechtsgleichheit Gewähr; anderseits tragen die vorgesehenen Ausnahmen den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls Rechnung.

Mit dem Hinweis auf die Ausnahmen ist bereits gesagt, dass der Grundsatz *kein absoluter* sein kann. Sind hinreichende Gründe für die Zulassung von Ausnahmen vorhanden, so hat die Behörde vom Verbot Umgang zu nehmen.

2. Dem Umfang nach schränkt das Verbot die Freiheit des Gewerbetreibenden in sachlicher (a), zeitlicher (b), räumlicher (c) und nicht zuletzt in persönlicher (d) Hinsicht ein.

a) In sachlicher Hinsicht ist beim Totalausverkauf die *Eröffnung eines gleichartigen Geschäftes verboten* (AVO 16.1), beim Teilausverkauf die Wiederaufnahme des Verkaufs bisher geführter Warengattungen oder Verkaufsabteilungen (AVO 16.3). Wesentlich ist, dass nicht *mit gleichartiger Ware* weitergeschäftet wird; darunter sind Artikel der gleichen Warengattung zu verstehen, d. h. Waren, die in naher wirtschaftlicher Verwandtschaft zueinander stehen, sei es, dass sie dem gleichen Zweck, wie etwa Haushaltungsartikel, dienen oder dass sie aus dem gleichen Material, wie z. B. Leder, hergestellt sind [8]. — Die Frage, ob es neben der Gleichartigkeit der Waren auch auf die Gleichartigkeit der Betriebsformen ankommt, ist meines Erachtens unerheblich [9]. Denn der Detailhändler, der nach durchgeführtem Ausverkauf einen Fabrikationsbetrieb mit gleichartiger Ware eröffnet, bleibt virtuell ein Detailverkäufer, weil die Gefahr besteht,

8) *Frey* 97; ebenso *Baumbach*, Kom. 235, *Petzall* 32, *Reimer* 459 N 5.

9) Ebenso BGE 79 IV 141 f. — In der deutschen Literatur ist das bestritten, vgl. *Reimer* 463 ff.

dass er seinen Fabrikationsbetrieb erneut mittels Ausverkauf beendigt. Wenn auch diese Auffassung recht weitgehend erscheint, so bietet sie um so weniger Bedenken, als die Möglichkeit besteht, das Geschäftseröffnungsverbot aufzuheben oder räumlich oder zeitlich zu beschränken, wenn sich nachträglich besondere Verhältnisse ergeben, die das Verbot als unbillig erscheinen lassen (AVO 17.2).

Der Eröffnung eines gleichartigen Geschäftes sind die *Übernahme* eines solchen oder die *Umwandlung* in ein solches gleichgestellt und deshalb verboten (AVO 16.2a). Diese Varianten kommen beim Totalausverkauf in Betracht. Dagegen könnte man einen Teilausverkäufer nicht wegen der Übernahme einer aufgegebenen Verkaufsabteilung bestrafen, weil eine solche begrifflich gar nicht denkbar ist, sofern unter Übernahme richtigerweise der Erwerb eines bereits bestehenden Geschäftes mit Aktiven und Passiven verstanden wird. Doch besteht für den Teilausverkäufer neben der Wiederaufnahme einer gleichartigen Warengattung oder Verkaufsabteilung noch die Möglichkeit der Umwandlung in eine solche, die verboten ist (AVO 16.3, 2. Satz).

Der verbotenen Eröffnung sind ferner bestimmte *Formen der Geschäftsbeteiligung* gleichgestellt (AVO 16.2a). Das sind namentlich die gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen an einer stillen Gesellschaft, die Beteiligung an einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft und an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Daneben sind kapitalistische Beteiligungen an Aktien-, Kommanditgesellschaften oder Genossenschaften denkbar; bei diesen letzteren verlangt die Verordnung eine „massgebliche" Beteiligung, ohne allerdings zu sagen, ob dabei auf den Kapitalanteil, auf die Stimmkraft oder auf beide zusammen abzustellen ist [10]. Zudem kann man sich fragen, ob für die massgebliche Beteiligung nicht auch die der Person eine Rolle spielt, oder ob mit anderen Worten neben der rein effektenkapitalistischen nicht auch die persönliche Geschäftsbeteiligung verboten ist. Diese Frage ist zweifelsohne berechtigt, wenn man sich z. B. die verwandtschaftlichen Beziehungen der Strohmänner zu der autoritativen Persönlichkeit ihres spiritus rectors vergegenwärtigt. Auf den ersten Blick hin scheint der Verordnungsgeber diese Frage mit dem

10) Wie ein Vertreter der Wissenschaft sich in der Expertenkommission (Exp. Prot. III, 10) ausdrückte, kann bei einer Genossenschaft von einer massgeblichen Beteiligung nicht die Rede sein, da nach OR 855 jeder Genossenschafter, ungeachtet seiner Anteile, nur eine Stimme hat, während ein Aktionär bereits massgeblich beteiligt ist, auch wenn er nicht über die absolute Aktienmehrheit verfügt.

grundsätzlichen Verbot der Beteiligung am Geschäft des Ehegatten oder eines nahen Verwandten (AVO 16.2b, 2. Satz) positiv zu beantworten; mit dem aus Billigkeitsgründen gerechtfertigten Vorbehalt, dass die Beteiligung „ohne weiteres" gestattet ist, wenn dieses Geschäft bei der Bewilligung eines Totalausverkaufs mindestens zwei Jahre bestanden hat, gibt er jedoch zu verstehen, dass dieser Sondertatbestand nicht zu verallgemeinernden Schlüssen in der angegebenen Richtung herangezogen werden darf. Wohl ist im Einzelfall auch der persönliche Einfluss mit zu berücksichtigen; doch muss man bedenken, dass nach dem Geschäftsgrundsatz, wer zahlt, befiehlt, in erster Linie das wirtschaftliche Gewicht zählt und der Einfluss der Person durch dieses zum grossen Teil bedingt ist [11]. Wie weit die wirtschaftliche Beteiligung massgebend sein muss, lässt sich nicht generell sagen; zur Beurteilung dieser Frage müssen die Umstände des Einzelfalls und die Verkehrsanschauung herangezogen werden. Letztlich kommt es immer darauf an, ob der Ausverkäufer ein Interesse an der Weiterführung eines gleichartigen Geschäftes bekundet; kann kein solches nachgewiesen werden, so erübrigt sich ein Eingreifen unter dem Gesichtspunkt des Geschäftseröffnungsverbotes [12].

Da im Falle des Teilausverkaufs eine Gleichstellung der Beteiligung mit der Wiederaufnahme einer Warengattung oder Verkaufsabteilung zu weitgehend wäre, hat der Verordnungsgeber auf eine solche Ausdehnung des Verbotes verzichtet. Der Teilausverkäufer darf sich deshalb ohne weiteres an gleichartigen Verkaufsabteilungen finanziell beteiligen.

b) In zeitlicher Hinsicht trifft die Verordnung wie vordem eine Abstufung: für die Totalausverkäufe ist die bereits im Wettbewerbsgesetz (UWG 17.3) festgelegte *Dauer der Sperrfrist* von einem bis zu fünf Jahren übernommen worden, während für die Teilausverkäufe eine Frist von einem bis zu drei Jahren angesetzt wurde. Da das Verbot gleichsam als Auflage an die Bewilligung geknüpft wird, ist die Dauer des Verbotes vor Beginn der Veranstaltung festzusetzen und je nach den besonderen Verhältnissen zu bemessen. Die Frist selber fängt aber erst nach der Beendigung des Ausverkaufs zu laufen an.

---

11) Übereinstimmend *Baumbach*, Kom. 235, *Mewes* 113 f, *Reimer* 463 f; zum Begriff der Beteiligung vgl. *Reimer* 464 N 20.

12) EVD Erläut. N 3.3 zu AVO 16.

Die beiden Sperrfristen von AVO 11 und 16 sind voneinander unabhängig und haben, jede für sich, selbständige Bedeutung. So kann ein ehemaliger Totalausverkäufer nach Ablauf der gemäss AVO 16 angesetzten Frist wohl ein neues Geschäft mit gleichartiger Ware eröffnen, jedoch nicht sogleich wieder einen Totalausverkauf veranstalten; das verbietet ihm die Bestimmung über die Wartefrist (AVO 11), wonach er seit mindestens einem Jahr in derselben Ortschaft mit der gleichartigen Ware gehandelt haben muss; und zwar wird diese einjährige Frist von der Wiedereröffnung des Geschäftes an berechnet; der Gesuchsteller kann sich also seine frühere Tätigkeit am gleichen Ort, d. h. diejenige vor dem ersten Ausverkauf, nicht anrechnen lassen.

c) Räumlich erstreckt sich das Verbot *auf das ganze Gebiet der Schweiz* [13]. Ausnahmsweise kann das Verbot auf das wirtschaftliche Einzugsgebiet beschränkt werden (vgl. AVO 17.1). Als Regel empfiehlt der Verordnungsgeber diese Lösung bei Unternehmungen mit mehreren Verkaufsstellen; hier ist bei der Bewilligung eines Totalausverkaufs das Verbot für die einzelne Verkaufsstelle auf das Wirtschaftsgebiet zu beschränken, in welchem sich diese bisher befand (AVO 17.3). Bei der Bewilligung eines Teilausverkaufs stellt sich jedoch die Frage, ob das Verbot der Wiederaufnahme oder Umwandlung nur für jene Verkaufsstelle gilt, in welcher der Teilausverkauf durchgeführt wurde, oder ob davon auch die andern Verkaufsstellen betroffen werden. Da der Geschäftsinhaber den Verlust der aufgegebenen Warengattung oder Verkaufsabteilung durch Wiederaufnahme derselben in einer andern Filiale gewinnbringend kompensieren könnte, sprechen wir der Ausdehnung des Verbots auf die übrigen Verkaufsstellen — zum mindesten des gleichen Wirtschaftsgebietes — das Wort; doch ist im Rahmen von AVO 17 auf die besonderen örtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesamtunternehmung Rücksicht zu nehmen.

d) Wie sich die Verordnung ausdrückt, ist das Verbot in persönlicher Hinsicht dem *Gesuchsteller* aufzuerlegen. Bei natürlichen Personen decken sich normalerweise Geschäftsinhaber und Gesuchsteller in einer Person. Das Verbot soll also nur den Gesuchsteller, der den Ausverkauf durchgeführt hat, und nicht auch seine Angehörigen, die im Geschäft mitgearbeitet haben, treffen. Da aber gerade

13) Anders DUWG 7c, der lediglich auf den „Ort, an dem der Ausverkauf stattgefunden hat", abstellt.

in Fällen, wo ein von der Verwandtschaft gemeinsam geführtes Geschäft aufgegeben wird, Missbrauchsgefahr besteht, dass sich der Ausverkäufer am Geschäft des andern Ehegatten oder eines Angehörigen irgendwie beteiligen möchte, muss darauf geachtet werden, dass diese Beteiligung nicht etwa eine wirkliche wie die an einer stillen Gesellschaft wird; eine solche ist verboten [14]. Sonst ist aber die Tätigkeit des Ausverkäufers als Arbeitsnehmer in einem gleichartigen Geschäft zulässig. Allerdings sollte auch hier geprüft werden, ob die Anstellung nicht doch auf eine Verheimlichung der tatsächlichen Verhältnisse in der Geschäftsführung und damit auf eine Umgehung des Verbotes hinausläuft.

„Bei Gesellschaften und juristischen Personen ist der Gesellschaft oder der juristischen Person als solcher das Verbot aufzuerlegen und zugleich den geschäftsführenden Gesellschaftern oder den geschäftsführenden Mitgliedern der Organe und den sonst am Geschäft massgeblich Beteiligten" (AVO 16.4), gleichgültig, ob es sich um einen Total- oder Teilausverkauf handelt. Wer geschäftsführender Gesellschafter oder Geschäftsführer mit Organqualität ist, bestimmen im einzelnen die Statuten, bzw. das Obligationenrecht.

3. Das Geschäftseröffnungsverbot stellt einen unverhältnismässig schweren Eingriff in die Gewerbefreiheit dar, da dem einzelnen die freie gewerbliche Betätigung in seinem angestammten Fachbereich für bestimmte Zeit verunmöglicht wird. In diesem Falle stehen dem Gewerbetreibenden, der noch voll arbeitswillig und -fähig ist, zwei Wege offen: entweder sucht er sich ausserhalb seines Berufskreises ein neues Betätigungsfeld oder versucht in seiner bisherigen Berufsbranche als Angestellter unterzukommen. In beiden Fällen können sich Schwierigkeiten einstellen. So kann z. B. einem Möbelhändler nicht zugemutet werden, später, nach durchgeführtem Ausverkauf, mit Südfrüchten zu handeln; und zu wirtschaftlich ungünstigen Zeiten wird es äusserst schwer halten, eine Anstellung im bisherigen Branchenkreis zu finden.

Diese Tatsachen haben den Verordnungsgeber bewogen, vom Grundsatz des Verbotes abzuweichen und *Ausnahmen* zuzulassen. Und zwar kann vom Verbot von *vornherein* abgesehen oder dieses *räumlich beschränkt* werden, sofern das wirtschaftliche Fortkommen des Betroffenen übermässig erschwert würde oder andere Gründe

---

14) Ebenso *Giger* 264; anders EVD Erläut. N 3.3 zu AVO 16.

vorliegen (AVO 17.1). Ergeben sich *nachträglich* besondere Verhältnisse, die das Verbot als unbillig erscheinen lassen, wie z. B. die plötzliche Verschlechterung der finanziellen Lage eines Familienvaters, der zum Unterhalt seiner Familie auf Erwerb angewiesen ist, so kann eine Ausnahme vom Verbot oder eine räumliche oder zeitliche Beschränkung desselben bewilligt werden (AVO 17.2).

Die Behörde, die über die Ausnahmen vom Verbot entscheiden muss, hat angesichts der schwerwiegenden Folgen des Verbots von ihrer Befugnis in liberaler Weise Gebrauch zu machen; sie sollte immer dann Ausnahmen bewilligen, wenn besondere Gründe vorliegen und keine Missbräuche befürchtet werden müssen [15]. Keinesfalls darf eine allfällige Verweigerung von Ausnahmen aus fiskalischen oder wirtschaftspolitischen Erwägungen geschehen; so ist die Nichterteilung einer Ausnahme wegen Nichtbezahlung der Ausverkaufsabgaben ebenso unzulässig wie die Nichtgewährung aus dem blossen Grunde, dass das ortsansässige Gewerbe durch die Neueröffnung eines Geschäftes betroffen werden könnte.

III. Die Durchsetzung des Verbotes

1. Das Geschäftseröffnungsverbot ist in Form einer formell zu Recht bestehenden Verfügung an die zu erteilende Bewilligung zu knüpfen (AVO 16.1). Wie dieses ist auch die eventuelle Erteilung einer Ausnahmebewilligung ausdrücklich zu statuieren, was mit der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsblatt geschieht (AVO 18). Diese ist, unter Kostentragung des Staates, von Amts wegen vorzunehmen und dient prävenierend der Durchsetzung des Verbotes. Um auch die unmittelbar interessierten Konkurrenten noch besser zur Mitkontrolle heranzuziehen, verlangen die Kantone Luzern (V 8), Obwalden (V 11), Zug (G 17.4), Baselstadt (V 7), Baselland (VV 13), St. Gallen (V 7), Graubünden (AB 10) und Thurgau (V 10) überlies eine Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt.

2. *Zuständig* zur Auferlegung des Verbotes ist in allen Kantonen die Bewilligungsbehörde; in den meisten Kantonen entscheidet dieselbe Behörde über die Gewährung von Ausnahmen [16]. Nachträgliche

15) Gl. A. EVD Erläut. N 1.2 zu AVO 17.

16) Ausgenommen z. B. in Appenzell A.-Rh. (VV 1.2), wo anstelle des kantonalen Patentbüros die Polizeidirektion entscheidet.

Ausnahmegesuche hat die Behörde des Kantons, in dem das neue Geschäft eröffnet werden soll, zu behandeln (AVO 17.2, 2. Satz), da sie eher in der Lage ist, die massgebenden neuen Gesichtspunkte zu beurteilen als die Behörde, die das Verbot auferlegt hat. Doch ist dieser Behörde Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben (AVO 17.2, 3. Satz), was sich besonders im Hinblick auf eine erneute Ausverkaufsveranstaltung empfiehlt.

3. Im Gegensatz zum früheren kantonalen Recht sind gegen Missbräuche der Ausverkaufsbewilligung bzw. bei Verstössen gegen das Verbot nicht nur straf-, sondern auch *verwaltungsrechtliche Massnahmen* zulässig. Zur Durchsetzung des Verbots kann bei verbotener Geschäftseröffnung oder verbotener Wiederaufnahme von Warengattungen oder Verkaufsabteilungen unmittelbarer Verwaltungszwang angeordnet werden. Der Verordnungsgeber nennt die vorübergehende polizeiliche Schliessung des Geschäftes (AVO 24.3). Es braucht aber nicht unbedingt das Geschäft als solches, d. h. die ehemaligen Geschäftsräumlichkeiten, geschlossen zu werden, denn es ist denkbar, dass mit den aus einem Totalausverkauf verbliebenen Restbeständen in einem gemieteten Lokal eine Sonderveranstaltung durchgeführt wird; in diesem Fall genügt in der Regel die polizeiliche Schliessung des Ausverkaufs, d. h. die Behörde hat alle Plakate und Anschriften, die auf den Sonderverkauf hinweisen, zu entfernen. Auch im Fall der verbotenen Geschäftsbeteiligung kann das Geschäft nicht unmittelbar geschlossen werden. Hier müssen nicht nur die Personen, die sich verbotenerweise an einem Geschäft beteiligt haben, sondern auch die anderen Personen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis eingegangen wurde, berücksichtigt werden. Die Rücksichtnahme auf diese Personen verlangt es, dass vorerst eine angemessene Frist zur Auflösung oder Rückbildung des Beteiligungsverhältnisses angesetzt wird (AVO 24.3, 2. Satz).

Das Geschäftseröffnungsverbot und seine Durchsetzung mittels Verwaltungszwang sind derart tiefgehende Eingriffe in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Gewerbetreibenden, dass bei der Rechtsanwendung folgende Grundsätze beachtet werden müssen: Beanstandet die Behörde die Übertretung des Verbots, so muss sie dem Zuwiderhandelnden in einer formell zu Recht bestehenden Verfügung und mit der im Polizeirecht notwendigen Bestimmtheit Gegenstand und Umfang seiner Pflicht sowie die ihm drohenden Zwangsmassnahmen mitteilen; zudem hat sie ihm Gelegenheit zu geben, von sich

aus die gerügte Polizeiwidrigkeit zu beseitigen. Erst wenn der Gewerbetreibende dieser Aufforderung nicht nachkommt, muss die Behörde mit unmittelbarem Verwaltungszwang einschreiten. Dabei hat sie das zweckdienliche Mittel zu wählen; wenn also ein Geschäft nach durchgeführtem Teilausverkauf versucht, mit Restbeständen auf der aufgegebenen Verkaufsabteilung erneut eine Sonderveranstaltung durchzuführen, so muss dieser Sonderverkauf und nicht das Geschäft als solches polizeilich geschlossen werden. Überdies kann die polizeiliche Schliessung des Geschäftes bzw. des Ausverkaufs nur eine vorübergehende sein (AVO 24.2) und höchstens für die Dauer der Sperrfrist verfügt werden.

Nach Bundesrecht schliesst der Verwaltungszwang die *strafrechtliche Sanktion* nicht aus. Vielmehr ist der Gewerbetreibende, der durch unrichtige Angaben gegenüber der Behörde, insbesondere durch Vorspiegelung einer Geschäftsaufgabe, eine Ausverkaufsbewilligung erschlichen hat, mit Gefängnis oder Busse zu bestrafen (AVO 19.1b). Mit Haft oder Busse wird bestraft, wer vorsätzlich die ihm auferlegte Sperrfrist übertritt (AVO 20.1f und g) und wer durch unrichtige oder irreführende Angaben die Bewilligung einer Ausnahme vom Geschäftseröffnungsverbot erwirkt (AVO 20.1h).

3. Abschnitt

DER VOLLZUG DER AUSVERKAUFSVORSCHRIFTEN

1. Das Wettbewerbsgesetz hat den Vollzug der Ausverkaufsordnung den *Kantonen* übertragen und sie damit verpflichtet, für die Einhaltung des Bundesrechts zu sorgen (vgl. UWG 17.1 und 19). Um diesem bundesrechtlichen Auftrag nachzukommen, müssen die Kantone die zuständigen *Behörden* bezeichnen und das Verfahren ordnen (AVO 24.1). Während in bezug auf das Verfahren nur wenige Vorschriften nötig sind — und deshalb verschiedenenorts auf den Erlass eigentlicher Verfahrensvorschriften verzichtet wurde —, ist es unerlässlich, die zuständigen Behörden zu bezeichnen. Bei diesen handelt es sich um diejenigen Behörden, denen die Erteilung, die Verweigerung und der Entzug der Bewilligung (vgl. insbesondere AVO 4.1), die Ausnahmen von den zeitlichen und sachlichen Beschränkungen des Ausverkaufs (AVO 9.1, 2. Satz und 11), die Auferlegung des Ge-

schäftseröffnungsverbotes (AVO 16.1 und 3), die Bewilligung einer Ausnahme von diesem Verbot (AVO 17) und die im Zusammenhang mit dem Verbot vorgesehene Veröffentlichung (AVO 18) obliegen. Zudem ist daran zu erinnern, dass die Strafverfolgung Sache der Kantone ist (AVO 23), weshalb auch die hiezu zuständigen Behörden bestimmt werden müssen. Wie gesagt sind in allen Kantonen ausser Bern, St. Gallen und Neuenburg ausschliesslich zentrale Organe zuständig zur Erteilung von Bewilligungen und zum Erlass weiterer Verfügungen.

Zur Erleichterung des Vollzugs der bundesrechtlichen Bestimmungen hat der Bundesgesetzgeber die Kantone ermächtigt, im Rahmen des Gesetzes und der bundesrätlichen Verordnung *das Bundesrecht ergänzende Vorschriften* zu erlassen und für die vorsätzliche oder fahrlässige Übertretung dieser Bestimmungen Haft oder Busse anzudrohen (UWG 19.1; ebenso AVO 25 in Verb. mit 27). Als kantonale Ergänzungsbestimmungen nennt der Verordnungsgeber beispielsweise Vorschriften über den Inhalt des Bewilligungsgesuches, über die Errichtung eines Inventars, über die Beschränkung der Verkaufsveranstaltungen auf die Geschäftsräumlichkeiten, den Zeitpunkt, an dem die Veranstaltung frühestens angekündigt werden darf, sowie über die Mitwirkung der Berufs- und Wirtschaftsverbände (AVO 25.1). Neben den aufgezählten wären auch andere Vorschriften denkbar, doch hat es sich in praxi erwiesen, dass sich die Kantone im allgemeinen auf die vom Verordnungsgeber angeführten Fälle beschränken. Dies entspricht dem Sinne der Verordnung, die trotz ihrer z. T. recht weitgefassten materiellen Bestimmungen — welche scheinbar nach einer einlässlicheren Ordnung durch die Kantone rufen — die polizeilichen Vollzugsbehörden veranlassen will, „nach pflichtgemässem Ermessen den Verhältnissen des einzelnen Falles Rechnung zu tragen, eine Absicht, die gerade durch eine einengende kasuistische Regelung durchkreuzt werden kann“ [1].

Um den besonderen rechtspolitischen Bedürfnissen einzelner Kantone entgegenzukommen, hat der Verordnungsgeber die Kantone auch zum Erlass von *vom Bundesrecht abweichenden Vorschriften* ermächtigt (AVO 26). Bei diesen Bestimmungen, die im Gegensatz zu den ergänzenden Vorschriften gemäss AVO 25 abschliessend umschrieben werden mussten, handelt es sich um die Gestattung der von den Kan-

1) *Giger* 232.

onen Waadt und Genf bereits im früheren kantonalen Recht zugelassenen ventes au rabais, um die Verlängerung der Wartefrist sowie der Sperrfristen für den Beginn von Total- und Teilausverkäufen, die Verschiebung der Zeiträume der periodischen Veranstaltungen und schliesslich um die Bewilligungspflicht für die Ankündigung ausländischer Veranstaltungen. — Es ist hier nicht der Ort, auf die sachliche Berechtigung der vorbehaltenen Materien zurückzukommen. Doch fragt es sich, ob der Bundesrat den Kantonen abweichendes Recht vorbehalten durfte, ohne vom Wettbewerbsgesetz dazu ausdrücklich ermächtigt worden zu sein. Wir müssen das verneinen, obwohl das Wettbewerbsgesetz die Regelung des Ausverkaufswesens im weiten Umfange dem Bundesrat überlassen hat. Denn die Frage der Rechtsvereinheitlichung wurde vom Gesetzgeber selber positiv entschieden, und es steht daher dem Bundesrat als Verordnungsgeber nicht zu, diesen Grundsatz durch Subdelegationen an die Kantone zu durchbrechen [2].

Endlich hat der Bundesgesetzgeber den Kantonen „das Recht gewahrt, für die Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen *Gebühren* zu erheben" (UWG 19.2). Dieser Vorbehalt wäre an sich nicht nötig gewesen; denn die Kantone, denen die Vollzugsaufgaben übertragen wurden, hätten, um die im Bewilligungsverfahren und aus den verschiedenen Kontrollmassnahmen erwachsenden Kosten zu decken, von sich aus Gebühren erheben können. Soweit es sich bei den Ausverkaufsabgaben um Steuern handelt, ist dieser bundesrechtliche Vorbehalt überdies ein unechter und hat lediglich deklaratorische Bedeutung, weil die Kantone bereits auf Grund ihrer in BV 3 garantierten Gebietshoheit fiskalische Abgaben — worunter auch die Sondergewerbesteuern fallen — erheben dürfen [3, 4].

2. Um die erfolgte Vereinheitlichung des Ausverkaufsrechtes durch den Bund zu gewährleisten, wurde das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement mit der *Oberaufsicht* über den Vollzug beauftragt (AVO 28.3). Wie die Erläuterungen des EVD ausführen, beschränkt sich die Verwaltungsaufsicht des Bundes auf die Instruktionstätigkeit,

---

2) Im gleichen Sinne das Bundesgericht in seinem nichtpubl. Urteil v. 15. 4. 1946 i. S. Mittelberger, wo es gleichzeitig erkannt hat, dass in solchen Subdelegationsfällen für eine staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht wegen Verletzung der HGF kein Raum bleibe.

3) *Blumenstein* Ernst, Schweiz. Steuerrecht, Tübingen 1926, I 68 ff, 72.

4) Daneben fallen den Kantonen auch die aus der Strafverfolgung sich ergebenden Bussen zu (vgl. BStP 253.2).

d. h. auf den Erlass von Kreisschreiben und auf eine für die kantonalen Behörden unverbindliche Erteilung von Auskünften durch das BIGA [5].

Besondere Bedeutung kommt der Oberaufsicht des Bundes in strafprozessualer Hinsicht zu. So sind die Kantone auf Grund des Bundesbeschlusses vom 27. Februar 1948 verpflichtet, ihre Strafurteile an die Bundesanwaltschaft einzusenden (vgl. BStP 265) [6]. Nach den Art. 259 und 270.6 des Gesetzes über die Bundesstrafrechtspflege kann der Bundesanwalt auch Ermittlungen anordnen, sofern die strafbaren Handlungen ganz oder teilweise im Ausland oder mehreren Kantonen begangen wurden, sowie Nichtigkeitsbeschwerde einreichen.

3. Den Behörden, die mit der Durchsetzung von Wettbewerbspolizeirecht betraut sind, müssen entsprechende Mittel zur Verfügung gestellt werden. Zur Erzwingung der in der bundes- oder kantonalrechtlichen Ausverkaufsordnung enthaltenen oder behördlicherseits verfügten polizeilichen Gebote und Verbote sind *verwaltungsrechtliche Massnahmen* gegeben. Der Verwaltungszwang besteht im Ausverkaufsrecht vor allem darin, dass bei Übertretung der Ausverkaufsbestimmungen wie namentlich bei Verstössen gegen das Geschäftseröffnungsverbot ein Geschäft vorübergehend geschlossen werden kann, soweit das zur Erzwingung der Vorschriften unerlässlich ist (vgl. AVO 24.2 und 3).

Daneben enthält die Verordnung *Strafbestimmungen* (vgl. AVO 19 und 20). Obwohl der in der Strafandrohung liegende psychologische Zwang wie der Verwaltungszwang gefahrenverhindernd wirkt, erfolgt er nicht zur Durchsetzung eines Einzelbefehls, etwa im Sinne der sog. Zwangsstrafe des deutschen Rechts [7]. Die Strafbestimmungen des Ausverkaufsrechts dienen daher nicht unmittelbar dem Vollzug der Ausverkaufsvorschriften, sondern wollen vor allem eine schuldhaft verübte Rechtsverletzung sühnen.

---

5) EVD Erläut. N 2.1 zu AVO 28.

6) Vgl. BRB v. 27. 2. 1948 über die Mitteilung kant. Strafentscheide aus dem Gebiete des Ausverkaufswesens (AS 64, 137).

7) Vgl. oben 44 N 62.

7. Kapitel:

Die strafrechtlichen Sanktionen

I. Allgemeines

1. a) Der Artikel 18.1 des Wettbewerbsgesetzes und die diesen wörtlich zitierende Vorschrift der Verordnung AVO 19 drohen demjenigen, der vorsätzlich und aus Gewinnsucht unrichtige oder irreführende Ankündigungen erlässt oder durch unrichtige Angaben gegenüber den Behörden, insbesondere durch Vorspiegelung einer Geschäftsaufgabe, eine Bewilligung erschleicht, Gefängnis oder Busse an. Neben diesen beiden *Vergehenstatbeständen* führt die Verordnung in AVO 20 diejenigen Tatbestände an, die als *Übertretungen* geahndet werden, wie etwa die Verstösse gegen das Aussonderungsgebot, das Schub- und Geschäftseröffnungsverbot usw. Die Artikel 21 bis 25 der Verordnung wiederholen wie AVO 19 Bestimmungen des Wettbewerbsrechts. Die Ausverkaufsordnung hat also nur Art. 20 neu eingeführt, welcher in abschliessender Weise die einzelnen Übertretungstatbestände aufzählt. — An sich hätte die Möglichkeit bestanden, in einer Generalklausel sämtliche Widerhandlungen gegen die Vorschriften der Verordnung, soweit sie nicht als Vergehen im Sinne von UWG 18.1 strafbar sind, als Übertretungen strafbar zu erklären; diesen Weg sind die Kantone gegangen. Im Interesse der Rechtssicherheit und -gleichheit hat der Verordnungsgeber jedoch die abschliessende Aufzählung der einzelnen Tatbestände vorgezogen. Diese erfasst, zusammen mit den Vergehenstatbeständen von UWG 18.1, *sämtliche Widerhandlungen* gegen die Ausverkaufsvorschriften und äussert daher praktisch dieselben Wirkungen wie eine Generalklausel.

b) Im Gegensatz zu den Tatbeständen des unlauteren Wettbewerbs (UWG 13) sind diejenigen der Ausverkaufsordnung *Offizialdelikte*. Obwohl beim Wettbewerbsrecht auch öffentliche Interessen im Spiele stehen, laufen die privaten Interessen des Mitbewerbers und nicht selten des Kunden diesen parallel, weshalb der Gesetzgeber den Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb den Beteiligten anheimstellte und ihnen neben dem Strafantrag vornehmlich zivilrechtliche Klageansprüche zur Hand gab. Beim Wettbewerbspolizeirecht und damit bei den Bestimmungen der AVO dagegen steht das öffentliche Interesse an erster Stelle; der Staat muss die der Allgemeinheit

drohenden Gefahren des Ausverkaufswesens präventiv und repressiv unterdrücken. Die Strafverfolgung der obengenannten Widerhandlungen erfolgt von Amts wegen; es bedarf dafür keines besonderen Strafantrages, doch kann jedermann dadurch, dass er die Anklagebehörde von einer Zuwiderhandlung verständigt, diese zur Erhebung der öffentlichen Klage veranlassen.

c) Das Ausverkaufsrecht enthält Vergehens- und Übertretungstatbestände. Dadurch, dass sich der Wettbewerbsgesetzgeber mit der Umschreibung zweier Vergehenstatbestände begnügte — im übrigen aber das Übertretungsstrafrecht dem Verordnungsgeber überliess (UWG 18.2) —, gab er zu verstehen, dass die an sich schon rigorose polizeirechtliche Regelung des Ausverkaufswesens keiner unnötigen Verschärfung durch harte Strafmassnahmen bedarf. Aus dieser Selbstbeschränkung des Gesetzgebers dürfen aber namentlich für die Rechtsanwendung keine falschen Schlüsse gezogen werden. Die Verstösse gegen die bundesrechtlichen Ausverkaufsvorschriften sind keine blossen Formaldelikte; auch im Übertretungsstrafrecht gelten das Verschuldens- (StGB 333.3 in Verb. mit AVO 20.1 und 2) und selbstverständlich das Legalitätsprinzip. Das müssen sich die kantonalen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, die mit dem Vollzug der Ausverkaufsordnung betraut sind, merken.

d) Hinsichtlich der *Strafandrohungen* ist zu beachten, dass die Vergehen im Sinne von AVO 19 mit Gefängnis oder Busse bestraft werden, während dem Übertretungstäter Haft oder Busse angedroht ist (AVO 20.1), Busse allein, sofern die Übertretung fahrlässig begangen wurde (AVO 20.2). Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches kann sich die Gefängnisstrafe bis auf drei Jahre belaufen (StGB 36), die Busse bis auf 20 000 Franken, vorbehältlich der Gewinnsucht, wo der Richter nicht an diesen Höchstbetrag gebunden ist (StGB 48); wie noch zu zeigen sein wird, ist Gewinnsucht bei Widerhandlungen im Sinne von AVO 19 regelmässig gegeben. Sanktionen der Übertretungen sind Haft bis zu drei Monaten oder Busse bis zu 2000 Franken, wobei die Gewinnsucht wiederum straferhöhend wirken kann (StGB 39 und 106). Schliesslich kann der Richter auch bei Übertretungen die Veröffentlichung des Strafurteils anordnen (AVO 20.3 in Verb. mit StGB 61 u. 104.2).

Angesichts der schwerwiegenden Folgen, die eine strafrichterliche Verurteilung für das weitere Fortkommen eines Geschäftsmannes hat, wird die Verhängung einer Freiheitsstrafe nur bei betrugsähnlichen

Delikten angezeigt sein, also in den Fällen der schwindelhaften Ausverkaufsreklame und der vorsätzlichen Erschleichung einer Ausverkaufsbewilligung [1]. Im übrigen ist aber, wie bei allen Delikten des Wirtschaftsverkehrs, in erster Linie eine *Busse* auszusprechen [2]; und zwar ist diese mindestens auf den Betrag des erzielten Vermögensvorteils anzusetzen, wenn man dem ethischen Grundsatz, wonach dem Täter die Früchte des Verbrechens nicht zu belassen sind, Rechnung tragen will [3]. — Die vorgesehene Urteilspublikation ist eine Massnahme, die sich der Wettbewerbspolizeirecht enthaltenden Ausverkaufsordnung sinngemäss einfügt. Wie die polizeirechtlichen Bestimmungen der AVO erfüllt sie im öffentlichen Interesse generalpräventive Zwecke. Sie soll zum Schutze des leicht zu täuschenden Publikums vor unlauteren Machenschaften warnen. Damit tritt ihr Massnahmecharakter deutlich hervor, der sich übrigens auch aus dem Umstand ergibt, dass die Veröffentlichung nicht allein bei den Vergehen — etwa im Sinne einer Nebenstrafe — zulässig ist, sondern auch bei den Übertretungen.

Entgegen den Vorschlägen in der Expertenkommission [4] hat der Verordnungsgeber bei der Schaffung des Übertretungsstrafrechts auf die Aufnahme einer weiteren Strafart, nämlich der *Verwarnung*, verzichtet. Das ist zu bedauern, und zwar deshalb, weil es sich bei den Widerhandlungen im Sinne von AVO 20 grösstenteils um Polizeiwidrigkeiten handelt, wo sich insbesondere bei leichtem Verschulden keine Busse rechtfertigt. Ausserdem ist die kriminalpolitische Erwägung zu berücksichtigen, dass mit einer Verwarnung bei den Geschäftsleuten regelmässig mehr erreicht werden kann, als wenn man sie ohne weiteres büsst. Damit soll nicht gesagt sein, der Übertretungstäter dürfe in solchen Fällen straflos ausgehen; vielmehr ist die Verwarnung bezw. der Verweis, eine Ehrenstrafe [5] und wird als solche in verschiedenen Gebieten des Strafrechts, vor allem im kriegswirtschaftlichen Strafrecht, gehandhabt [6]. Die Verwarnung darf des-

1) Ebenso *Germann*, Richtlinien 101.

2) *Landmann*, Kom. II 438; ähnlich *Frey* 111 und *Germann*, Kom. 209, Richtlinien 102.

3) Vgl. BGE 74 IV 144, mit Zitationen. — Anderseits darf die ausgesprochene Busse nicht auf eine Vermögenskonfiskation hinauslaufen: BGE 74 IV 139 ff Auslegung von StGB 48 II.

4) Exp.Prot. III 20 ff.

5) *Hafter* Ernst, Lehrbuch des Schweiz. Strafrechts, Allg. Teil, Bern 1946, 468, 475, *Thormann-v. Overbeck*, Kom. N 2 zu StGB 87, N 1 und 2 zu StGB 95, *Schwander* Vital, Das Schweiz. Strafgesetzbuch, Zürich 1952, 227.

halb nur dann erteilt werden, wenn der objektive und subjektive Tatbestand erfüllt sind, also eine Widerhandlung vorliegt und mithin der Beschuldigte nicht freigesprochen werden kann, sondern eben zu bestrafen ist. Ob die Verwarnung die gewollte Wirkung — Übelszufügung und Besserung — zu erreichen vermag, hängt weitgehend von ihrem Inhalt und ihrer Vollzugsart ab; dabei ist die mündliche Form wegen der Unmittelbarkeit der richterlichen Missbilligung vorzuziehen [7]. — Selbstverständlich ist es dem kantonalen Ausverkaufsrecht anheimgestellt, seinerseits die Verwarnung als Strafe für Verstösse gegen eigene Bestimmungen vorzusehen. Das ist vereinzelt in Baselland (VV 16.2) und Appenzell I.-Rh. (VV 9) geschehen.

2. Zur *Rechtsanwendung* ist zu sagen, dass keine Gefahr besteht, dass die Gerichte allzu streng urteilen. Wie die Erfahrung lehrt, haben die Verwaltungsbehörden im Gegenteil Mühe, bei den Gerichten genügend Sanktionen für Widerhandlungen gegen die AVO durchzusetzen. Sodann wird von den Amtsstellen oft nur dann Strafanzeige eingereicht, wenn es sich um Widerhandlungen von einiger Bedeutung handelt. Das ist aber ein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip. Es ist daher um so mehr zu bedauern, dass der Verordnungsgeber die Verwarnung als Strafart nicht vorgesehen hat.

Neben diesen Gründen können sich bei der Rechtsanwendung auch deshalb Schwierigkeiten einstellen, weil im Ausverkaufsrecht Bestrafung und Verwaltungszwang oft kumulativ zur Anwendung gelangen. Es besteht nun die Gefahr, dass namentlich in den welschen Kantonen wie Freiburg, Tessin, Wallis und Genf — wo in den betreffenden Ausverkaufserlassen eine ungenügende Kompetenzausscheidung zwischen Straf- und Verwaltungsbehörden besteht und wo z. B. die Bewilligungsbehörde zugleich über strafrechtliche Fragen zu befinden hat — übersehen wird, dass Strafe und Verwaltungszwang auf verschiedenen Voraussetzungen beruhen und demzufolge auf eines der beiden Mittel verzichtet wird oder beide zusammen in unzulässiger Weise miteinander vermengt werden.

3. Gesetz- und Verordnungsgeber haben in UWG 18 sowie AVO 19 und 20 die strafbaren Tatbestände umschrieben. Im übrigen gelten

6) Vgl. *Zust* Heinrich, (Besonderheiten des kriegswirtschaftlichen Strafrechts der Schweiz gegenüber den Allgemeinen Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Fribourg 1952, 87 ff), der sich besonders mit der Rechtsnatur der Verwarnung auseinandersetzt (89 ff).

7) *Zust* aaO 94.

wie angedeutet, die *allgemeinen Bestimmungen* des Schweizerischen Strafgesetzbuches (vgl. StGB 333.1), mit Ausnahme von AVO 20.3 (Veröffentlichung des Strafurteils), AVO 21 (Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn oder Auftraggebers) und AVO 22 (Anwendung auf juristische Personen und Handelsgesellschaften), die vom StGB abweichende Vorschriften enthalten und daher als Spezialbestimmungen diesem vorgehen.

4. Die Strafverfolgung ist Sache der *Kantone* (AVO 23). Diese haben die zuständigen Behörden zu bezeichnen und das Verfahren zu ordnen. Während die meisten Kantone in bezug auf das Verfahren auf ihre allgemeinen strafprozessualen Vorschriften verweisen oder sie wenigstens stillschweigend voraussetzen [8], bezeichnen sie die zuständigen Strafbehörden vorwiegend in den Ausverkaufserlassen selber. Mehrheitlich sind es richterliche Instanzen, die über die strafrechtlichen Sanktionen zu befinden haben [9]. In Zürich, Freiburg, Graubünden, Tessin, Wallis und Genf dagegen sind, wenn z. T. auch unter Vorbehalten, Verwaltungsbehörden zuständig [10]. Das ist nach Bundesrecht (StGB 345.I,2) zulässig, soweit sich die Verwaltungsbehörden auf die Beurteilung von Übertretungen beschränken.

Gemäss UWG 19.1 und AVO 27 dürfen die Kantone für die vorsätzliche oder fahrlässige Übertretung ihrer Vorschriften Haft oder Busse androhen. Das ist durchwegs in Form von Generalklauseln geschehen. Die Kantone haben sich bezüglich der Strafandrohung im allgemeinen an den bundesrechtlichen Strafrahmen von StGB 101 gehalten, so dass auf das Vorliegen von Polizeistrafrecht im Sinne von StGB 335.I,1 geschlossen werden darf; einzig Genf (Beschluss 13.1) kennt neben dem Polizei- auch Verwaltungsstrafrecht [11]. — Nachdem

8) Mit ausdrücklichen Verweisen: Zug G 27, Baselstadt V 9, Baselland VV 16, Appenzell A.-Rh. VV 9.1, Appenzell I.-Rh. VV 10.

9) Dabei wird in Appenzell A.-Rh. (VV 9.2), St. Gallen (V 19), Graubünden (AB 16) und Thurgau (V 17.1) entsprechend der rechtlichen Qualifikation der Tatbestände ein Unterschied bei der Behördenbesteilung gemacht; vgl. z. B. St. Gallen V 19, wo für die Beurteilung der Vergehen gemäss AVO 19 das Bezirksgericht, für diejenigen der Übertretung in AVO 20 und in der kantonalen Verordnung das Bezirksamt zuständig sind.

10) Vgl. Zürich V 14 (Statthalter), Freiburg R 119 (Préfet), Graubünden AB 16.2 (Kleiner Rat: nur für Tatbestände von AVO 20.2 und des kant. Rechts), Tessin G 15.2 (Finanzdepartement: nur für Tatbestände des kant. Rechts), Wallis Beschluss 11 (Dep. des Innern, Abt. für Handel und Indutsrie: für Tatbestände des kant. Rechts), Genf Beschluss 13.1 (Dép. du commerce et de l'industrie: für Tatbestände des kant. Rechts).

11) Vgl. Mariginale zu Beschluss 13: Amende d'ordre. — Im übrigen gehen Neuenburg (G 28/Beschluss 14) und Genf (Beschluss 11) in bezug auf die Bussen über den bundesrechtlichen Strafrahmen hinaus.

der Bundesgesetzgeber den Kantonen eigenes Strafrecht vorbehalten hat, ist anzunehmen, dass die bundesrechtlichen Strafvorschriften auf das den Kantonen vorbehaltene Recht (AVO 24—26) nicht Anwendung finden, selbst wenn sie nach dem Wortlaut der Verordnung, insbesondere nach AVO 20, anwendbar wären; so fällt z. B. die Nichteinhaltung von Auflagen, die auf Grund des kantonalen Rechts auferlegt wurden, nicht unter die Strafdrohung von AVO 20.1b.

II. Die einzelnen Straftatbestände

Die Ausverkaufsordnung enthält insgesamt zehn Straftatbestände, wovon deren acht unter die Strafdrohung der Übertretung fallen. Da sich die einzelnen Tatbestände z. T. inhaltlich gleich oder ähnlich sind oder sich wenigstens unter dem nämlichen rechtspolitischen Gesichtspunkt betrachten lassen, fassen wir die Tatbestände in drei Gruppen zusammen, nämlich in diejenigen der Widerhandlungen gegen die Vorschriften über die Ankündigung (1.), gegen die Bestimmungen über die Bewilligung (2.) und endlich in die Gruppe der Verstösse gegen die übrigen Vorschriften und Verfügungen (3.).

1. Der Verordnungsgeber droht in AVO 19.1a demjenigen, der „vorsätzlich unrichtige oder irreführende Ankündigungen macht, um sich oder andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen", Gefängnis oder Busse an. Dieser Vergehenstatbestand ist qualifizierte Verletzung der Vorschriften über die *Ankündigung* (AVO 2.3; 14 und 15), wobei die Qualifikation in der auf einen widerrechtlichen Vorteil abzielenden Absicht besteht. Da wir die Fälle der schwindelhaften Ausverkaufsreklame bereits eingehend behandelt haben, verzichten wir an dieser Stelle auf eine weitere Kommentierung.

Der inhaltlich AVO 19.1a entsprechende aber nichtqualifizierte Tatbestand findet sich in AVO 20.1e, wonach derjenige mit Haft oder Busse bestraft wird, der vorsätzlich „unvollständige, unrichtige oder irreführende Ankündigungen macht, insbesondere für einen Ausnahmeverkauf die Ausdrücke ‚Ausverkauf', ‚Räumung' und ‚Liquidation', für sich allein oder in Zusammensetzungen oder ähnlich wirkende Ausdrücke verwendet". Beachtenswert ist bei der Umschreibung, dass auch unvollständige Ankündigungen, also namentlich solche, bei denen die Voraussetzung von AVO 14 fehlen, erfasst werden; allerdings wird in einem solchen Fall der Nachweis vorsätzlicher

Begehung schwierig sein. Wichtiger ist die Tatsache, das auch Ankündigungen, die sich auf einen Putativausverkauf beziehen, strafbar sind.

Da die schwindelhafte Ausverkaufsreklame ein betrugsähnliches Delikt ist, ist Idealkonkurrenz mit dem Betrugstatbestand des Strafgesetzbuches (StGB 148) denkbar. Ebenso ist gegebenenfalls StGB 154 (Inverkehrbringen gefälschter Waren) zu berücksichtigen. Viel naheliegender ist aber die Idealkonkurrenz mit UWG 13.1b (unrichtige oder irreführende Angaben über die eigenen Leistungen und Geschäftsverhältnisse), da derartige Reklame im Konkurrenzkampf, vor allem in den Zeiten der periodischen Veranstaltungen, eingesetzt wird.

2. a) Die zweite Gruppe von Tatbeständen besteht in Widerhandlungen gegen die Vorschriften über die *Bewilligung*. Nach AVO 19.1b wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer vorsätzlich „durch unrichtige Angaben gegenüber den Behörden, insbesondere durch Vorspiegelung einer Geschäftsaufgabe, eine Bewilligung erschleicht oder eine Bewilligung anderer Art oder für längere Dauer". Die vorgesehene Sanktion bildet eine unerlässliche Ergänzung der Vorschriften über die Bewilligungspflicht (AVO 4 und 5) und über die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung (AVO 6). — Besonders hervorgehoben wird die Vorspiegelung einer Geschäftsaufgabe, also der Fall des sog. Scheintotalausverkaufs, weil die Erschleichung einer Totalausverkaufsbewilligung eigentliche Voraussetzung für das bereits verwaltungsrechtlich verhinderte gewerbsmässige Ausverkaufen ist [12]. Eine „Bewilligung anderer Art" wird erschlichen, wenn z. B. um die Bewilligung für einen Saisonausverkauf nachgesucht wird, tatsächlich aber nur ein Belebungsverkauf beabsichtigt ist; derselbe Tatbestand kann oft auch das Erschleichen einer Bewilligung „für längere Dauer", als sie sachlich begründet ist, darstellen.

Das „Erschleichen" setzt die Absicht voraus, mit unrichtigen Angaben zu Unrecht eine Bewilligung zu erlangen. Meines Erachtens umfasst AVO 19.1b auch die Tatbestände, wo die Bewilligung durch unvollständige Angaben, also durch Verschweigen, erschlichen wird; denn unvollständige Angaben können eben auch „unrichtige" sein [13].

12) Vgl. AVO 11 (Wartefrist) und 16 (Geschäftseröffnungsverbot).

13) Vgl. *Hafter* Ernst, (Schweizerisches Strafrecht, Spez. Teil, Berlin 1937, I 261 ff) zum Betrugstatbestand, verübt durch Schweigen.

— Die unrichtigen oder unvollständigen Angaben werden sich praktisch auf die in den folgenden Bestimmungen der Verordnung umschriebenen Voraussetzungen beziehen: AVO 2.1 und 2; AVO 6.1 d; AVO 9.1 und 11 (unrichtige Angaben, die zur Gewährung einer Ausnahme von der Sperr- bzw. Wartefrist veranlassen sollen), AVO 10.1, 13.1 sowie 15.

b) Ein anderer Verstoss gegen die Vorschriften der Bewilligung ist jener Tatbestand, wo der Gewerbetreibende nicht durch betrügerische Handlungen sich der Bewilligungspflicht entzieht, sondern diese einfach ignoriert. AVO 20.1a bedroht denjenigen mit Haft oder Busse, der vorsätzlich „eine unter diese Verordnung fallende, nicht bewilligte Verkaufsveranstaltung öffentlich ankündigt oder durchführt oder entgegen der Weisung der zuständigen Behörde nicht einstellt". — Die Veranstaltung muss öffentlich angekündigt oder durchgeführt werden, wobei aber nur die Durchführung solcher Veranstaltungen in Betracht fällt, die zuvor öffentlich angekündigt wurden, da ja nur diese unter den Geltungsbereich der AVO fallen. Ob die Ankündigung der nichtbewilligten Veranstaltung dazu noch unrichtig oder irreführend ist, also gleichzeitig den Tatbestand von AVO 20.1e erfüllt, ist für die Qualifikation der Veranstaltung als nichtbewilligte unerheblich [14].

Fraglich ist, ob auch die unberechtigte Weiterführung des Ausverkaufs über die in der Bewilligung festgesetzte Dauer hinaus erfasst wird. Dies ist zu bejahen, sofern man die unrechtmässige Verlängerung des Ausverkaufs als Durchführung einer nicht-(mehr)bewilligten Veranstaltung auffasst. Auf eine derartige Konstruktion kann in jenem Fall verzichtet werden, wo eine Bewilligung nachträglich entzogen wird; hier macht sich der Ausverkäufer dadurch strafbar, dass er seine Veranstaltung „entgegen der Weisung der zuständigen Behörde nicht einstellt" (AVO 20.1a letzter Satz). Von diesem Tatbestand — der übrigens mit demjenigen von StGB 292 (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) konkurriert — ist jener zu unterscheiden, wo behördlicherseits die Einstellung eines von vornherein nichtbewilligten Ausverkaufs verlangt wird; in diesem Fall ist das Nichteinstellen in der Durchführung einer nichtbewilligten Veranstaltung inbegriffen.

3. In der dritten Gruppe sind sämtliche Widerhandlungen gegen die übrigen Vorschriften der AVO zusammengefasst. Es handelt sich

---

14) Vgl. BGE 78 IV 126.

um die strafbare Nichteinhaltung einer bei der Bewilligung erteilten Auflage und um Verstösse gegen die Vorschriften, welche die Durchführung einer Ausverkaufsveranstaltung beschränken.

So wird mit der Übertretungsstrafe bedacht, wer „die Auflagen oder andere beschränkende Bedingungen, unter denen die Bewilligung erteilt wurde, nicht einhält" (AVO 20.1b). Für den Begriff der hier genannten Bedingungen bzw. Auflagen gelten die Ausführungen, die wir anlässlich der Behandlung der Ausverkaufsbewilligung gemacht haben; die behördlich verfügten Auflagen sind also nicht mit den gesetzlich festgelegten zeitlichen und sachlichen Beschränkungen des Ausverkaufs zu verwechseln, die man gewissermassen auch als „beschränkende Bedingungen" bezeichnen kann. Für die Verstösse gegen solche Bestimmungen sind gesonderte Straftatbestände geschaffen (vgl. AVO 20.1c, d, f — h). Demzufolge kann AVO 20.1b nicht subsidiäre Bestimmung für die im folgenden zu behandelnden Vorschriften sein; jedoch entspricht der zitierte Artikel — abgesehen vom Hinweis auf die Strafdrohung — StGB 292 (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen).

Bei den Widerhandlungen gegen die Vorschriften, welche die Durchführung einer Ausverkaufsveranstaltung beschränken, handelt es sich im einzelnen um Verstösse gegen AVO 12 (Aussonderung), AVO 13 (Verbot des Warenvor- und -nachschubes), AVO 16.1, 16.2 und 4 (Geschäftseröffnungsverbot beim Totalausverkauf), AVO 16.3 (Verbot der Wiederaufnahme einer einzelnen Warengattung beim Teilausverkauf) und AVO 17 (Ausnahmen vom Geschäftseröffnungsverbot). Demnach wird mit Haft oder Busse bestraft: wer die Aussonderung der einbezogenen Waren unterlässt (AVO 20.1c); wer das Verbot des Warenvor- und -nachschubes übertritt, worunter auch der unzulässige Warenverschub bei den Filialen fällt (AVO 20.1 d); wer nach einem Totalausverkauf vor Ablauf der ihm auferlegten Sperrfrist ein gleichartiges Geschäft eröffnet oder übernimmt oder ein anderartiges Geschäft in ein solches umwandelt oder sich an einem solchen beteiligt (AVO 20.1 f); wer nach einem Teilausverkauf vor Ablauf der ihm auferlegten Sperrfrist die aufgegebene Warengattung oder Verkaufsabteilung wieder aufnimmt oder eine verbotene Umwandlung durchführt (AVO 20.1g); und schliesslich wer durch unrichtige oder irreführende Angaben die Bewilligung einer Ausnahme vom Geschäftseröffnungsverbot erwirkt (AVO 20.1h).

III. Die Person des strafrechtlich Verantwortlichen

1. Strafrechtlich wird in erster Linie der *Täter* zur Verantwortung gezogen, der die Widerhandlung schuldhaft begangen hat. Dabei kann es sich um den Geschäftsherrn selbst, um den verantwortlichen Leiter einer Geschäftsstelle oder sonstwie um einen Angestellten oder Beauftragten des Geschäftsherrn handeln. Voraussetzung der Verantwortlichkeit ist die schuldhaft begangene Tat. Bei den beiden Vergehenstatbeständen von AVO 19 wird Vorsatz verlangt. Da es sich um Vergehen im Sinne des Strafgesetzbuches handelt, sind Versuch (StGB 21—23) sowie Teilnahme, auch im Falle der blossen Gehülfenschaft (StGB 25), strafbar. Die Übertretungen von AVO 20 sind sowohl vorsätzlich wie fahrlässig begangen strafbar. Versuch und Gehülfenschaft dagegen bleiben straflos, da sie der Verordnungsgeber nicht besonders vorgesehen hat (vgl. StGB 104.1). Fahrlässigkeit wird meist dann gegeben sein, wenn der Geschäftsmann es unterlassen hat, sich bei den Behörden zu erkundigen, ob z. B. eine Verkaufsveranstaltung bewilligungspflichtig ist.

2. Ausser der Verantwortlichkeit des Täters kann die Verübung einer in AVO 19 oder 20 bedrohten Tat auch die *strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn oder Auftraggebers* nach sich ziehen. So bestimmt AVO 21, dass, wenn die strafbare Handlung von Angestellten, Arbeitern oder Beauftragten in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung begangen wurde, auch der Geschäftsherr strafbar ist, „wenn er von der Handlung Kenntnis hatte und es unterliess, sie zu verhindern oder ihre Wirkung aufzuheben“ [15]. Mit anderen Worten ist der Geschäftsherr von Rechts wegen verpflichtet, alle geeigneten Massnahmen zu ergreifen, um soweit möglich unlauteres Geschäftsgebaren seiner Untergebenen zu verhindern. Kommt er diesem Gebot (vor allem durch Billigung oder untätiges Zusehen) schuldhafterweise nicht nach, so hat er sich wegen Beihilfe zu verantworten. — AVO 21 stellt also nicht einen selbständigen Tatbestand eines echten Unterlassungsdeliktes dar. Das geht schon daraus hervor, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn eine strafrechtswidrige Handlung eines Unter-

15) Ähnlich lauten UWG 14 sowie § 15 der deutschen Rechtsgewerbeordnung, vgl. *Landmann*, Kom. II 463 ff, bes. 468 f. — Vgl. auch BGE 71 I 139 ff (Haftung des Geschäftsherrn für Zollbussen wegen den von seinen Angestellten begangenen Zollvergehen).

gebenen voraussetzt und somit eine akzessorische ist. AVO 21 ist vielmehr als eine spezielle Bestimmung über die Teilnahme, insbesondere über die (psychische) Beihilfe aufzufassen; denn die Beihilfe zu den Delikten von AVO 20 wäre sonst nicht strafbar, da es sich hier um Übertretungen handelt. — Selbstverständlich bleibt der Geschäftsherr auch als Anstifter bei strafbaren Handlungen seiner Untergebenen weiterhin strafbar (StGB 24 und 102 in Verb. mit AVO 19 und 20).

Die Pflicht des Geschäftsherrn oder Auftraggebers zum Einschreiten beginnt mit der Kenntnis der nach AVO 19 oder 20 strafbaren Handlung, gleichgültig ob diese im Augenblick der Kenntnisnahme bereits getätigt oder noch im Gange ist. Die Handlung muss von Angestellten, Arbeitern oder Beauftragten [16] vorgenommen sein, und zwar in Ausübung ihrer geschäftlichen oder dienstlichen Verrichtung, d. h. zugunsten des Geschäftsherrn oder Auftraggebers [17]. Kann aber der Geschäftsherr (oder Auftraggeber) das unlautere Geschäftsgebaren seines Vertreters bzw. Beauftragten rechtlich oder tatsächlich nicht verhindern oder dessen Wirkungen nicht aufheben, so fehlt der zur Strafe notwendige Vorsatz und damit die Verantwortlichkeit.

3. Im weitern sind gegebenenfalls auch die handelnden natürlichen Personen einer *juristischen Person oder Handelsgesellschaft* zur Verantwortung zu ziehen, und zwar unter solidarischer Mithaftung der vertretenen Körperschaft. Das umschreibt AVO 22 mit folgenden Worten: „Wird die strafbare Handlung im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person oder einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft begangen, so sind die Strafbestimmungen" der Verordnung, nämlich AVO 19 und 20, „auf die Mitglieder der Organe oder die Gesellschafter anwendbar, die für sie gehandelt haben oder hätten handeln sollen, jedoch unter solidarischer Mithaftung der juristischen Person oder Gesellschaft für die Bussen und Kosten".

Da juristische Personen bzw. Handelsgesellschaften nicht urteils- und handlungsfähig und demzufolge deliktsunfähig sind, können an sich nur die Mitglieder der Organe oder die geschäftsführenden Gesellschafter zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit gezogen werden, und zwar bezieht sich die Verantwortlichkeit sowohl auf das vom Mitglied des Organs oder vom Gesellschafter selbst begangene unlautere Geschäftsgebaren als auch auf die vorsätzliche Unterlassung,

16) Über den Begriff dieser Personen vgl. *von Büren*, Kom. 311.
17) Über den Begriff des Auftraggebers vgl. *Germann*, Kom. 348 f.

das unlautere Geschäftsgebaren der Untergebenen zu verhindern oder dessen Wirkungen aufzuheben [18]. — Trotz der logisch einwandfreien Überlegung, dass mangels Deliktsfähigkeit der Körperschaften nur deren Organe oder Gesellschafter strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können, wäre es stossend, wenn sich die Körperschaften am unlauteren Geschäftsgebaren ihrer Mitglieder oder geschäftsführender Gesellschafter straflos bereichern könnten. Aus Billigkeitsgründen haben daher der Gesetz- und mit ihm der Verordnungsgeber den Satz, dass nur natürliche Personen strafrechtlich verantwortlich sein können, durchbrochen und die juristischen Personen und Handelsgesellschaften für Vergehen und Übertretungen ihrer Organmitglieder bzw. Gesellschafter solidarisch haftbar erklärt.

Die *solidarische Mithaftung* der juristischen Personen und Handelsgesellschaften ist keine Neuerung des Wettbewerbs- bzw. Ausverkaufsrechtes; sie war schon früher, namentlich auf dem Gebiet des Polizei- und Verwaltungsrechts des Bundes bekannt [19]. Sie ist keine Strafe im eigentlichen Sinne, doch kommt ihr die Wirkung einer solchen zu. Man kann sie als öffentlich-rechtliche Haftung für eine fremde Schuld bezeichnen [20]. — In unserem Falle tritt die solidarische Mithaftung von Rechts wegen nur dann ein, wenn die strafbare Handlung der Organmitglieder oder Gesellschafter im Geschäftsbetrieb begangen wurde. Die Haftung kann sich natürlicherweise nur auf Bussen und Kosten beziehen, da Freiheitsstrafen an Körperschaften nicht vollzogen werden können.

---

18) Die Anwendbarkeit der Bestimmung über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn (AVO 21) ergibt sich aus der an sich überflüssigen Wendung „... oder hätten handeln sollen".

19) Beispiele bei *Hafter*, aaO 73 N 4 und *Zust* aaO 64/65.

20) *Zust* aaO 65.

8. Kapitel:

Massnahmen des Verwaltungszwangs, insbesondere die vorübergehende Schliessung des Geschäftes

I. Allgemeines

1. In den Fällen der Nichteinhaltung der Bewilligungspflicht (AVO 4.1), der Nichteinhaltung der mit der Bewilligung erteilten Auflagen (AVO 6.1), der Verstösse gegen die zeitlichen und sachlichen Beschränkungen des Ausverkaufs (AVO 9 ff und 12 f), der Verstösse gegen die Vorschriften über die Ankündigung (AVO 14 f) und das Geschäftseröffnungsverbot (AVO 16 ff) und in den Fällen, wo sonstwie unlauteres Geschäftsgebaren oder blosse Ordnungswidrigkeiten vorliegen, müssen die mit der Überwachung der Ausverkaufsordnung betrauten Administrativbehörden einschreiten. Sie werden das, soweit möglich, mit der Verweigerung oder dem Entzug der Bewilligung tun. Damit geben sie dem Gewerbetreibenden kund (Deklaration), dass die Voraussetzungen, unter denen die Bewilligung zur Durchführung einer Ausverkaufsveranstaltung erteilt wird, noch nicht oder nicht mehr bestehen, d. h. dass seine Freiheit der gewerblichen Freiheit beschränkt bleibt, und dass er demnach seine Veranstaltung nicht beginnen oder weiterführen darf oder einzustellen hat. Kommt er diesen Weisungen nicht nach, so muss die Behörde repressiv eingreifen, um ihren Geboten oder Verboten Nachachtung zu verschaffen.

Die *Mittel der Repressivpolizei* haben wir an anderer Stelle bereits erwähnt; es sind dies — ausser der Zwangsvollstreckung zur Beitreibung öffentlichrechtlicher Geldforderungen gemäss Schuldbetreibungs- und Konkursrecht — die Ersatzvornahme [21], die Zwangsstrafe [22] und der sog. unmittelbare Verwaltungszwang. Obwohl die Zwangsstrafe in den Kantonen wie z. B. in Genf (Beschluss 13) vorgesehen ist, und auch die Ersatzvornahme, etwa bei der Durchsetzung von Auflagen, angewandt werden kann, beschränken wir uns in den folgenden Ausführungen auf den im Ausverkaufsrecht massgeblichen unmittelbaren Verwaltungszwang.

---

21) Vgl. *Fleiner*, Inst. 220 f, *Forsthoff* 226.
22) Vgl. *Fleiner*, Inst. 218 ff, *Forsthoff* 226 ff, *Ruck* VwR 129 f.

2. Mit dem *unmittelbaren Verwaltungszwang* soll ein bestimmtes vom Staat gewolltes Tun, Unterlassen oder Dulden durch Gewaltanwendung erzwungen werden. Der Zwang kann sich gegen das Vermögen oder die Person des Pflichtigen richten. Beim unmittelbaren Zwang gegen das Vermögen wird das seiner Beschaffenheit oder seinem Gebrauch nach ordnungswidrige Vermögensobjekt erfasst. Damit unterscheidet sich der Zwang gegen das Vermögen von der Beitreibung geldlicher oder geldwerter Leistungen, wo das Vermögen lediglich Objekt ist, aus dem die Verwaltung öffentlichrechtliche Forderungen befriedigt [23]. Der unmittelbare Zwang gegen die Person erfolgt durch physische Eingriffe in Freiheits- oder Persönlichkeitsrechte des Pflichtigen.

Der unmittelbare Verwaltungszwang stellt eine solch einschneidende Massnahme dar, dass er nur als ultima ratio Geltung hat; er ist nur dort zulässig, wo auf keinem anderen Wege, etwa durch Ersatzvornahme bei vertretbaren Leistungen, zum Ziel gelangt werden kann [24]. Aus diesem Grunde sind besonders hier die Grundsätze der Gesetz- und Verhältnismässigkeit sowie die allgemeinen Schranken des polizeilichen Eingriffs zu beachten, wie wir sie im dogmatischen Teil dieser Arbeit dargestellt haben.

II. Die vorübergehende Schliessung des Geschäftes

1. Die *Rechtsgrundlage* des unmittelbaren Verwaltungszwangs im Ausverkaufswesen findet sich in AVO 24.2, wo der Verordnungsgeber den kantonalen Vollzugsbehörden in allgemeiner Weise das Mittel der vorübergehenden polizeilichen Schliessung eines Geschäftes als Verwaltungsmassnahme zur Hand gab. Diese Bestimmung wäre an sich nicht nötig gewesen, da die Kantone, denen die Ordnung des Verfahrens überlassen wurde (AVO 24.1), von sich aus Vorschriften über die vorübergehende Schliessung des Geschäftes hätten erlassen können. Die ausdrückliche Normierung ist aus zwei Gründen erfolgt: Erstens musste der Verordnungsgeber die bereits im Wettbewerbsgesetz UWG 17.3, 2. Satz enthaltene und für den Sonderfall der Übertretung des Geschäftseröffnungsverbotes vorgesehene polizeiliche

23) So *Forsthoff* 229, in Widerspruch zu *Fleiner*, Inst. 221 f, der diese Unterscheidung nicht trifft.

24) *Fleiner*, Inst. 222, *Forsthoff* 228 f, *Ruck* VwR 134.

Geschäftsschliessung übernehmen (vgl. AVO 24.3); diese Übernahme rechtfertigte sich namentlich deshalb, weil die in diesem Fall verfügte Schliessung des Geschäftes vom Bundesgericht in konstanter Praxis als verfassungswidrig abgelehnt wurde [25]. In zweiter Linie wollte der Verordnungsgeber mit der Wendung, dass die Geschäftsschliessung nur vorgenommen werden darf, „soweit es zur Durchsetzung der Vorschriften notwendig ist" (AVO 24.2), auf die Verhältnismässigkeit des polizeilichen Zwangs und auf den vorübergehenden Charakter der Massnahme hinweisen. — Nach dem Gesagten ist die vorübergehende polizeiliche Schliessung des Geschäftes gesetz- und verfassungsmässig; denn das Bundesgericht hat eine auf kurze Zeit verfügte Geschäftsschliessung stets als „Realexekution der Entziehung des Patentes" gebilligt [26].

2. Beanstandet die Behörde eine Polizeiwidrigkeit, welche unmittelbare Gewaltanwendung erheischt, so muss sie dem Pflichtigen mittels *Verfügung* bekannt geben, was nunmehr rechtens sein soll; sie hat dem Betroffenen aber nicht nur Gegenstand und Umfang seiner Pflicht, sondern auch das ihm drohende Zwangsmittel mitzuteilen, was mit der im Polizeirecht notwendigen Bestimmtheit zu geschehen hat. Daneben ist der *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* zu beachten, wonach der polizeiliche Eingriff in die Freiheitssphäre des einzelnen nur dasjenige Ausmass annehmen darf, das zur Erreichung des polizeilichen Zwecks unbedingt notwendig ist, und das polizeiliche Mittel in einem vernünftigen Verhältnis zum verlangten Opfer stehen muss. Es ist deshalb dem Gewerbetreibenden vorerst Gelegenheit zu geben, von sich aus die beanstandete Polizeiwidrigkeit zu beseitigen; dabei ist ihm auch die Wahl der Mittel belassen. Entfernt der Ausverkäufer innert nützlicher Frist die bemängelte Schaufensterreklame, so ist das beabsichtigte Ziel erreicht, und die Polizei hat keinen Grund ihrerseits tätig zu werden. Liegt der Tatbestand einer nichtbewilligten Veranstaltung vor, so hat der Ausverkäufer die Wahl, die Ordnungswidrigkeit oder Unlauterkeit durch nachträgliches Gesuch um eine Ausverkaufsbewilligung oder durch Verzicht auf die begonnene Veranstaltung zu beseitigen [27]. Diese Wahl darf ihm durch Androhung des Zwangsmittels nicht genommen

25) BGE 42 I 25, 48 I 459, 57 I 378.
26) BGE 48 I 461, ebenso 42 I 24.
27) Freilich ist diese Wahl durch die in der Verordnung vorgesehenen namentlich zeitlichen Grenzen (AVO 9 ff) beschränkt.

werden, weshalb eine auferzwungene Totalausverkaufsbewilligung zum Zwecke, den missbeliebigen Gewerbetreibenden aus dem Wettbewerb zu vertreiben oder ihn sonstwie loszuhaben, Wirtschaftspolitik und deshalb verfassungswidrig wäre [28].

Neben der Form sind auch die Motive des polizeilichen Einschreitens zu beachten. Polizeiliche Gewaltanwendung zur Durchsetzung nichtpolizeilicher Zwecke ist unzulässig. So darf ein Geschäft aus wirtschaftspolitischen oder rein wirtschaftlichen Gründen nicht geschlossen werden. Ebensowenig ist die Geschäftsschliessung wegen Nichtbezahlung der Ausverkaufsabgaben zulässig, da solche Geldforderungen auf dem Wege der Schuldbetreibung eingetrieben werden können. Schliesslich kann das Geschäft auch nicht zur Verfolgung strafähnlicher Zwecke geschlossen werden, etwa so, dass nach Beendigung einer bewilligungspflichtigen Verkaufsveranstaltung, für die keine Bewilligung erteilt worden ist, die Geschäftsschliessung nachträglich, im Sinne einer Vergeltungsmassnahme, verfügt wird [29].

3. Widersetzt sich der Gewerbetreibende trotz ergangener Verfügung dem staatlichen Willen, so muss dieser erzwungen werden. Aber auch hier ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für das Verhältnis zwischen dem unmittelbaren Verwaltungszwang und den anderen Mitteln der Verwaltung, sondern auch für das Verhältnis zwischen den verschiedenen Massnahmen des Verwaltungszwanges untereinander. Sofern die *Schliessung des Ausverkaufs* — das ist die polizeiliche Entfernung aller Plakate und Anschriften, die auf eine Sonderveranstaltung hinweisen — zur Erreichung des polizeilichen Zweckes der AVO genügt, ist deshalb von einer zwangsweisen Geschäftsschliessung und Unterbindung jeglicher Verkaufstätigkeit abzusehen.

Das Geschäft als solches darf erst dann geschlossen und es darf demnach erst dann unmittelbarer Zwang gegen das Vermögen angewandt werden, wenn nach durchgeführter Schliessung des Ausverkaufs neuerdings Ankündigungen erscheinen [30]. In welcher Weise

28) Übereinstimmend *Forsthoff* 229 und *Landmann*, Kom. I 167.

29) EVD Erläut. N 3.2 zu AVO 24.

30) Sollte aber die bereits erfolgte Ausverkaufsreklame nach Abbruch der Veranstaltung weiterwirken, so kann das Geschäft nicht geschlossen werden; diesem rechtswidrig erlangten Vorteil kann unter Umständen bei der Bestrafung des fehlbaren Ausverkäufers Rechnung getragen werden. So *Giger* 290; ebenso *Frey* 106, der allerdings den Gewerbetreibenden zur ausdrücklichen Mitteilung an das Publikum verhalten möchte, dass keine besondern vorübergehenden Vergünstigungen mehr verabfolgt werden.

das Geschäft geschlossen werden soll, ist dem pflichtgemässen Ermessen der Polizeibehörden anheimgestellt: Die Behörden können das Geschäft polizeilich besetzen, das Lokal sperren oder versiegeln lassen, Geschäftsschilder entfernen und unter Umständen sogar körperliche Gewalt gegen die Person des Geschäftsinhabers anwenden. Doch ist besonders hier zu beachten, dass der polizeiliche Eingriff nur dasjenige Ausmass annehmen darf, das zur Erreichung des Zweckes unbedingt erforderlich ist. — Gleicherweise beurteilt sich die Frage, auf wie lange das Geschäft geschlossen werden kann. Hier eine bestimmte zeitliche Grenze anzunehmen geht nicht an. Es steht lediglich fest, dass die polizeiliche Schliessung eine *vorübergehende* ist; das trifft auf beide Schliessungsarten im gleichen Masse zu. — Im übrigen verweisen wir auf unsere Ausführungen, die wir bei der Behandlung des bundesrechtlichen Geschäftseröffnungsverbotes (AVO 24.3) gemacht haben.

4. Die Bestimmung über die Geschäftsschliessung in AVO 24.2 und die diese ergänzende Vorschrift in AVO 24.3 betreffend die Schliessung bei Widerhandlungen gegen das Geschäftseröffnungsverbot stellen eine abschliessende bundesrechtliche Regelung dar, die keiner weiteren Ausführung durch das *kantonale Recht* bedarf. Frühere und geltende kantonale Vorschriften, die nicht in allen Teilen mit dem Bundesrecht übereinstimmen, sind bundesrechtswidrig; so verstösst die zu eng gefasste Bestimmung von Obwalden (V 13.3), dass die Schliessung für höchstens zehn Tage verfügt werden dürfe, gegen das Bundesrecht. Doch können die Kantone die zur Schliessung zuständigen Behörden bezeichnen. Vorwiegend sind die obersten kantonalen Vollzugsbehörden zuständig, die allerdings mit den zuständigen Bewilligungsbehörden nicht unbedingt identisch sein müssen und es oft auch nicht sind [31]. In den Kantonen Schwyz (G 16.2), Zug (G 25.1) und Schaffhausen (G 33 und 38) müssen die Ortspolizeibehörden einschreiten; deren Verfügungen dürften aber mehr nur provisorischer Natur sein (vgl. Schaffhausen G 33).

31) Vgl. z. B. Luzern V 1.2 (Militär- und Polizeidep./Bew.beh.: Amt für Handelspolizei), Appenzell A.-Rh. VV 1.2 (Polizeidirektion/Bew.beh.: Patentbüro), Graubünden AB 12 (Justiz- u. Polizeidep./Bew.beh.: Polizeiabteilung) usw.

9. Kapitel:

Kontrollmassnahmen

Das Institut der *Bewilligung* und die damit zusammenhängenden Massnahmen wie z. B. die Inventarisierung sind die geeigneten Mittel, unlauteres Geschäftsgebaren oder sonstige Ordnungswidrigkeiten vor Beginn einer Ausverkaufsveranstaltung festzustellen und zu verhindern. Die behördliche Kontrolle im Ausverkaufswesen ist aber mit der Erteilung der Ausverkaufsbewilligung nicht beendet, sondern bezieht sich auch auf die *Durchführung der Veranstaltungen;* hier muss dafür gesorgt werden, dass die Ausverkäufe im gesetzlich festgelegten Rahmen, insbesondere innerhalb der zeitlichen und sachlichen Grenzen, veranstaltet werden. Damit ist der Umfang der behördlichen Kontrollpflicht bestimmt.

Da die Kantone für die Einhaltung der bundesrechtlichen Vorschriften über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen zu sorgen haben (AVO 24.2, 1. Satz in Verb. mit 24.1), handelt es sich bei den Kontrollvorschriften — mit Ausnahme der Bestimmungen über die Bewilligungspflicht — ausschliesslich um Verfahrensvorschriften des *kantonalen Rechts.* Abgesehen von den Kantonen Freiburg, Graubünden und Wallis haben alle Kantone Kontrollbestimmungen erlassen. Zwar wird in einigen Kantonen lediglich auf die Möglichkeit verwiesen, Kontrollen vornehmen zu lassen, doch hat die Mehrzahl der Kantone auch Art und Weise der behördlichen Kontrolle umschrieben.

1. Als Kontrollarten kommen die Einholung von Auskünften vom Geschäftsinhaber oder Geschäftsleiter, die Kontrolle der Geschäftsräumlichkeiten und der im Ausverkauf angebotenen Waren sowie der Geschäftsbücher und allfälliger Belege in Frage. Vereinzelt ist in den einschlägigen kantonalen Bestimmungen umschrieben, wie und wann die Behörden einzuschreiten haben; wo das nicht der Fall ist, steht die Vornahme der Kontrolle im pflichtgemässen *Ermessen der zuständigen Behörde.* Da Ermessen wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung bedeutet, haben die Behörden die geeigneten Kontrollmittel nur dort aber auch immer dann anzuwenden, wo es der polizeiliche Zweck, insbesondere die Wahrung der Grundsätze von Treu und Glauben erfordern. In bezug auf das

Mass und die Wahl der Mittel ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten [1].

Die meisten Kantone lassen die Kontrolle *„jederzeit"* zu, was mit dem Erfordernis, dass sich die Kontrolle sowohl auf die Bewilligung wie Durchführung des Ausverkaufs beziehen muss, übereinstimmt. Die Kontrolle endigt im Einzelfall mit dem Abschluss der betreffenden Verkaufsveranstaltung. In Zürich dagegen bestehen die Auskunftspflicht und die damit zusammenhängenden andern Verpflichtungen „bis nach erfolgter Abrechnung mit der Polizeidirektion" über die monatlich oder auf den Umsatz erhobenen Ausverkaufsabgaben (V 12 in Verb. mit V 7) [2]; das läuft auf eine sachfremde Verkoppelung polizeilicher und fiskalischer Zwecke hinaus, weshalb diese Bestimmung bundesrechtswidrig ist. — Da die Kontrolle jederzeit möglich ist, kann sie sowohl während als auch ausserhalb der ordentlichen Verkaufszeiten, z. B. abends nach Geschäftsschluss, durchgeführt werden.

Die zur Behandlung stehenden Kontrollmassnahmen hängen begriffsnotwendig mit dem allgemeinen bundesrechtlichen Auftrag an die Kantone zusammen, im Ausverkaufswesen für die Einhaltung der Grundsätze von Treu und Glauben zu sorgen. Daher können sie sich nicht nur auf die behördlich bewilligten Veranstaltungen beziehen, sondern müssen gelegentlich auch zur Abklärung der Frage dienen, ob eine Verkaufsveranstaltung unterstellungspflichtig ist oder nicht [3].

2. Unerlässliche Voraussetzung für eine wirksame Kontrolle bildet die *Auskunftspflicht* des Geschäftsinhabers oder Geschäftsleiters. Da die Auskunftspflicht des Gesuchstellers aus der Verpflichtung herausfliesst, vorgängig einer Veranstaltung eine Bewilligung einzuholen und sich damit der behördlichen Kontrolle zu unterwerfen (AVO 4), wird mit ihrer Normierung keine neue polizeiliche Verpflichtung geschaffen, die nicht schon bestanden hätte. Aus diesem Grund wären die kantonalen Vorschriften, die die Auskunftspflicht ausdrücklich vorgesehen haben [4], nicht nötig gewesen [5]. Eine andere Frage ist,

1) Über die Grenzen der polizeilichen Geschäftskontrolle im einzelnen vgl. BGE 81 I 124 ff E 3.

2) Eine ähnliche Bestimmung kennt St. Gallen V 3.1.

3) Ebenso *Giger* 289.

4) Zürich V 4 und 12, Baselstadt V 1.3, Baselland VV 15, St. Gallen V 3.1, Aargau VV 12.1, Thurgau V 5.1 (nur im Bewilligungsverfahren), Tessin G 82.

5) Im Ergebnis gleich *Giger* 289.

ob neben dem gesuchstellenden Geschäftsinhaber, dem Geschäftsleiter, dem geschäftsführenden Gesellschafter einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sowie den Organmitgliedern einer juristischen Person (vgl. AVO 8) auch andere Personen zur Auskunft verhalten werden können, wie das in Zürich für die Angestellten, in Baselland für sämtliche Beteiligten und in Baselstadt für jedermann der Fall ist. Eine rechtsverbindliche polizeiliche Auskunftspflicht kann meines Erachtens nur für die für die Veranstaltung und Geschäftsführung verantwortlichen Personen bestehen; andere, aussenstehende Personen wie z. B. Geschäftskunden polizeipflichtig zu erklären und sie unter Umständen unter Strafandrohung zur Auskunft zu zwingen, verstösst gegen den Grundsatz, dass sich die Polizei an den Störer zu halten hat. — Der Auskunftspflicht kommt sowohl bei der Überprüfung des Bewilligungsgesuches wie bei der Durchführung des Ausverkaufs Bedeutung zu. Dem Inhalt nach bezieht sich die Auskunftspflicht nur auf die mit der polizeilichen Kontrolle unmittelbar zusammenhängenden Fragen; Auskünfte persönlicher, wirtschaftspolitischer oder fiskalischer Art dürfen deshalb nicht verlangt werden.

Notwendiges Korrelat der Auskunftspflicht ist die Verpflichtung des Gewerbetreibenden, den zuständigen Organen *Zutritt zu den Geschäftsräumen* und *Einsicht in die Geschäftsbücher* zu gewähren [6], um die vom Gesuchsteller gemachten oder nicht erhältlichen Angaben nötigenfalls nachprüfen bzw. ermitteln zu können. Diese unmittelbaren Kontrollmassnahmen rechtfertigen sich vor allem bei der Durchführung der Verkaufsveranstaltungen. In erster Linie muss die Einhaltung des Warenschubverbotes überwacht werden, was mit der Inspektion der Lagerräume und Kontrolle einschlägiger Belege und Akten geschieht [7]. Sodann ist die Einsicht in die Geschäftsbücher bei der stichprobeweisen Überprüfung der Preisgestaltung angezeigt, um festzustellen, ob die reklamemässig in Aussicht gestellten Vergünstigungen tatsächlich gewährt werden [8]. Endlich ist die Einhaltung allfälliger Auflagen nachzuprüfen.

---

6) Bestimmungen über die Kontrollen und Revisionen in Verkaufslokalen kennen Zürich (V 4 und 12), Bern (G 42), Luzern (V 6), Schwyz (G 16.2, 2. Satz). Obwalden (V 9), Nidwalden (V 9), Glarus (G 19), Zug (G 24), Solothurn (V 16), Baselstadt (V 1.3), Baselland (VV 15), Schaffhausen (G 39.2), Appenzell A.-Rh. (VV 4), Appenzell I.-Rh. (VV 2), St. Gallen (V 3), Aargau (VV 12), Thurgau (V 5), Tessin (G 8.2), Neuenburg (Beschluss 6.1), Genf (Beschluss 8).

7) Zürich erlaubt die Kontrolle von Akten „auch aus früheren Jahren" (V 4).

8) In Genf (Beschluss 8) erfolgt die Überprüfung der Ausverkaufspreise nur auf Beschwerde (eines Konkurrenten) hin.

3. Widersetzt sich der Pflichtige den Kontrollmassnahmen, so muss behördlicherseits eingeschritten werden. Einem Gesuchsteller, der durch sein eigenes Verhalten die Präventivkontrolle darüber, ob sich die beabsichtigte Veranstaltung mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbaren lässt, verunmöglicht, kann die *Bewilligung verweigert* werden (AVO 6 in Verb. mit 8) [9]; gleicherweise muss dem Kontrollpflichtigen, der sich der Überwachung seines Ausverkaufs widersetzt, die Bewilligung gestützt auf AVO 7.1b entzogen werden [10].

Die Frage, ob die Auskunftspflicht, der Zutritt ins Geschäftslokal oder die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher direkt, durch unmittelbare Gewaltanwendung erzwungen werden können, müssen wir deshalb verneinen, weil die Massnahmen des Verwaltungszwangs nur als ultima ratio, also dann zur Anwendung gebracht werden dürfen, wenn keine anderen Mittel wie der Bewilligungsentzug mehr helfen, Treu und Glauben zu wahren. Unzulässig ist direkte Gewaltanwendung auch im Falle der Auskunftsverweigerung durch einen Angestellten, weil in diesem Fall der Geschäftsinhaber durch Androhung des Bewilligungsentzuges an seine Pflichten gemahnt und unter Umständen gefügig gemacht werden kann. — Die hier vertretene Auffassung lässt sich um so eher verantworten, als Widerspenstigen ausserdem strafrechtliche Sanktionen drohen [11].

4. Die Kontrollorgane sind zufolge ihrer amtlichen Stellung zur *Verschwiegenheit* über die Wahrnehmungen verpflichtet, die sie anlässlich der Kontrolle machen [12]. Diese Pflicht besteht gegenüber Dritten, also auch andern Behörden und insbesondere Konkurrenten des betreffenden Ausverkäufers. Verpflichtet sind alle mit der Kontrolle Beauftragten, worunter auch die herbeigezogenen Sachverständigen fallen. Das veranlasst uns zur Bemerkung, dass die Wahrung des Amtsgeheimnisses selbst dort in Frage gestellt ist, wo Private bei der Kontrolle lediglich konsultiert werden, denn die Sachverständigen sind in der Regel Miterwerber des Ausverkäufers. Aus diesem Grunde begrüssen wir die Bestimmung Solothurns (V 18), wonach von einer Beziehung von Konkurrenten des Ausverkäufers möglichst abzusehen ist.

---

9) Zürich V 4.2, Zug G 11.1, St. Gallen V 3.2, Aargau VV 12.3, Thurgau V 5.2.
10) St. Gallen V 3.2, Aargau VV 12.3.
11) Ausdrücklich erwähnt in St. Gallen V 3.2, 2. Satz.
12) Ausdrücklich in Zug (G 24.2), Aargau (VV 12.2 2. Satz), Thurgau (V 5.3). Vgl. Allgemeines bei *Reichlin* Paul, Die Schweigepflicht des Verwaltungsbeamten, in ZBl 53 (1952) 475 ff, 505 ff.

Die Verletzung der Schweigepflicht kann strafrechtliche Folgen nach sich ziehen (vgl. StGB 320), vorbehältlich der zivil- und strafrechtlichen Haftung nach den Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes UWG 1.2g und 13.1g.

10. Kapitel:

Die Ausverkaufsabgaben

I. Begriff und Verfassungsmässigkeit der Ausverkaufsabgaben

1. Die verschiedenen Erhebungen im Bewilligungsverfahren und die Überwachung der Durchführung der Ausverkaufsveranstaltungen verursacht den Kantonen, die mit dem Vollzug der bundesrechtlichen Ausverkaufsordnung betraut sind, Kosten. Zur Bestreitung dieser Auslagen hat der Bundesgesetzgeber den Kantonen erlaubt, „für Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen Gebühren zu erheben" (UWG 19.2).

Unter *Gebühren* verstehen Doktrin und Praxis das „dem Bürger einseitig auferlegte, öffentlich-rechtliche Entgelt für eine besondere Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung oder einer öffentlichen Anstalt" [1]. Für den Begriff der Gebühr ist es unerheblich, ob der Gebührenpflichtige von sich aus um die behördliche Massnahme nachsucht oder ob er, wie in unserem Fall durch die Bewilligungspflicht, zur Inanspruchnahme der Verwaltungstätigkeit gezwungen wird [2]. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die staatliche Massnahme dem einzelnen von Nutzen ist. Die Gebühr zeichnet sich rechtlich dadurch aus, dass sie die finanzielle Gegenleistung des Bürgers für ein ihn betreffendes Tätigwerden des Staates ist; die Gebühr ist deshab — im Gegensatz zur Steuer — eine kausale Abgabe [3]. Dieser Zusammenhang der Gebühr mit der Verwaltungstätigkeit des Staates wirkt sich insofern auf ihre Höhe aus, als die Gebühr nicht höher sein kann als die Kosten, die dem Staat für seine Leistung erwachsen; sie ist deshalb ein abgemessenes Entgelt. Übersteigt die Gebühr diese Grenze, so wird sie zur sogenannten *Gemengesteuer*, d. h. sie bleibt Gebühr,

1) *Fleiner*, Inst. 425; ebenso *Burckhardt*, Kom. 252, *Im Hof* A. Beitrag, Gebühr, Steuer und ihre Unterscheidung, in: ZBl 52 (1951) 393 ff, und BGE 44 I 14, 53 I 482, 72 I 397 ff, 75 I 116 f.

2) BGE 53 I 482; a. A. *Burckhardt*, Kom. 252.

3) *Im Hof* aaO 394 ff.

soweit sie den Kostenaufwand des Staates deckt, wird aber in bezug auf das diesen Betrag übersteigende Mehr zur Steuer [4].

2. Sämtliche Kantone, die das Ausverkaufswesen regelten, kannten seit je her die Gebühren bzw. Taxpflicht. Die zum Teil recht hohen Ansätze dieser kantonalen Abgaben verrieten deren Steuercharakter. Verschiedene, gegen die Höhe dieser „Gebühren" gerichteten Rekurse gaben dem Bundesgericht Gelegenheit, die Ausverkaufsabgaben auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen. Das Gericht stellte zunächst allgemein fest, dass die Gebühren, soweit es sich um solche und nicht um Gemengesteuern handelt, ohne Rücksicht auf ihre Höhe mit dem Grundsatz der HGF vereinbar sind [5]. Sodann erachtet es auch die Besteuerung bestimmter Berufe, wie z. B. des Hausierhandels oder einzelner Erwerbshandlungen wie namentlich des Ausverkaufs als verfassungsrechtlich zulässig, allerdings mit der Einschränkung, dass diese *Sondergewerbesteuern nicht prohibitiv* sein dürfen und die Angehörigen der gleichen Branche gleichmässig treffen müssen [6]. Nach der Rechtssprechung ist eine Gewerbesteuer dann prohibitiv, wenn sie für das betreffende Gewerbe einen angemessenen Geschäftsgewinn verunmöglicht und dessen Ausübung in Frage stellt oder zum mindesten erheblich erschwert (BGE 75 I 112).

Das Bundesgericht versuchte die besondere Besteuerung der Ausverkäufe sowohl aus gewerbepolizeilichen als auch aus steuerpolitischen Gründen wie folgt zu rechtfertigen: „Gewerbepolizeilich, weil die Besteuerung eine Kontrolle dieser Verkäufe ermöglicht und zudem präventiv wirkt, indem sie sie weniger rentabel gestaltet und damit nicht nur deren Zahl, sondern indirekt auch die daraus erwachsenden Missstände einschränkt. Steuerpolitisch, weil mit dem Ausverkauf bezweckt wird, in verhältnismässig rascherer Zeit eine grössere Menge von Waren abzusetzen und der ausserordentliche Gewinn auch eine ausserordentliche Steuer rechtfertigt" [7]. — Obwohl wir mit dem Satz, dass eine gewerbliche Betätigung nur innerhalb gewerbepolizeilicher und fiskalischer Schranken gewährleistet ist,

4) *Blumenstein* Ernst, Schweizerisches Steuerrecht, Tübingen 1926, I 7 f, 187 f, System des Steuerrechts, 2. A., Zürich 1951, I 7, *Im Hof* aaO 400 ff, 407.

5) BGE 41 I 266, 54 I 279, 75 I 111/12, 79 I 213.

6) BGE 41 I 266, 43 I 257, 60 I 188 f, 62 I 135, 75 I 112, 79 I 214. — Ausserdem ist das Verbot der Doppelbesteuerung (BV 46) zu beachten; doch sind derartige Verstösse unter dem Regime der bundesrechtlichen Ausverkaufsordnung kaum mehr denkbar, weil sich die Frage nach der Bewilligungspflicht ausserkantonaler Veranstaltungen nicht mehr stellt.

7) BGE 38 I 73; ähnlich 48 I 457/58.

einverstanden sind, gehen wir mit der Begründung des vorliegenden Entscheids nicht einig. Der irrigen Überlegung, dass die Missstände des Ausverkaufswesens auf dem Umweg über die Verminderung der Anzahl der Ausverkäufe, also durch Verhinderung der gewerblichen Betätigung selbst, verhütet werden dürften, sind wir bereits bei der bundesgerichtlichen Begründung zeitlicher Schranken des Ausverkaufs begegnet und haben sie dort entschieden abgelehnt. Hier sei lediglich wiederholt, dass die Verhütung unlauteren Geschäftsgebarens ein polizeilicher Zweck ist und solche Zwecke nur mit polizeilichen Mitteln erreicht werden dürfen. Daher kann die Besteuerung des Ausverkaufs als nichtpolizeiliches Mittel zur Erreichung des polizeilichen Zwecks gar nicht in Frage kommen. Dass die Annahme polizeilicher Motive für die Besteuerung des Ausverkaufs eine willkürliche ist, erweist auch die Betrachtung der dem zitierten Urteil nachfolgenden Entscheide. Dort sieht das Bundesgericht in der blossen Tatsache, dass beim Ausverkauf die Nachfrage gesteigert ist und damit die ihr Geschäft normal betreibenden Konkurrenten des Ausverkäufers geschädigt werden, einen zulässigen Besteuerungsgrund [8]; dabei muss die gesteigerte Nachfrage nicht etwa in unlauterer Weise bewirkt worden sein, denn der Schutz von Treu und Glauben, insbesondere derjenige des Publikums werden als weitere Gründe getrennt angeführt. Dieser mit der Besteuerung des Ausverkaufs bezweckte Schutz der Konkurrenten ist doch wirklich nichts anderes als ein unzulässiger wirtschaftspolitischer Eingriff in die HGF.

Die Berechtigung zur Erhebung von Ausverkaufssteuern wurde auch fiskalisch begründet. Der Ansicht des Bundesgerichtes, dass die bei den Ausverkäufen innert kurzer Zeit erzielten ausserordentlichen Gewinne auch eine ausserordentliche Besteuerung zuliessen, hält Marti [9] entgegen, dass diese ausserordentlichen Gewinne in den Kantonen mit allgemeiner Einkommens- und Ertragssteuer infolge der Progression ohnehin einer schärferen Besteuerung unterliegen. Abgesehen davon, dass sich der erzielte Gewinn namentlich bei den Räumungsverkäufen im allgemeinen recht bescheiden ausnimmt, kann man sich fragen, weshalb denn nur gerade die ausserordentlichen Gewinne aus Ausverkäufen und nicht auch andere ausserordentliche

8) BGE 46 I 332, 48 I 286, 52 I 310, 53 I 197, nichtpubl. Entscheide vom 30. 11. 1934 i. S. Amberg g. Graubünden, E 1, und vom 2. 5. 1941 i. S. Jelmoli AG g. Zürich, E 5 (und dortige Zitate).

9) *Marti* HGF 242.

Gewinne besonders erfasst werden [10]. Diese Frage lässt sich wohl dahin beantworten, dass das Bundesgericht die „Ausverkaufsgebühren" — soweit es sich nicht um ein Entgelt für die Kontrollfunktion der Kantone handelt — als Ausgleichssteuern gehandhabt wissen will, d. h. diese Abgaben sollen einen Ausgleich schaffen zwischen den ihr Gewerbe normal betreibenden Geschäftsleuten und den Veranstaltern von Ausverkäufen, die dank der besonderen Eigenart ihrer Veranstaltung ihre Waren schneller absetzen und dabei (angeblich) höhere Gewinne erzielen als ihre Konkurrenten [11]. Das ist wiederum eine unzulässige wirtschaftspolitische Betrachtungsweise.

II. Die Ordnung der Abgaben im kantonalen Recht

1. Wie gesagt, hat der Gesetzgeber den Kantonen „das Recht gewahrt", Ausverkaufsgebühren zu erheben (UWG 19.2; ebenso AVO 25.2). Dieser Vorbehalt wäre an sich nicht nötig gewesen, denn die Kantone könnten von sich aus Gebühren für ihre Auslagen erheben, die ihnen im Zusammenhang mit den Bewilligungsverfahren und mit den sonstigen Kontrollmassnahmen erwachsen. Die Fassung des Vorbehalts weist darauf hin, dass dieser lediglich aus referendumspolitischen Überlegungen aufgenommen wurde [12] und deshalb deklaratorische Bedeutung hat, zumal die Kantone bereits auf Grund ihrer in BV 3 garantierten Gebietshoheit und in Übereinstimmung mit dem Vorbehalt von BV 31.2 Sondergewerbesteuern erheben dürfen.

Sämtliche Kantone erheben für die Bewilligung von Ausverkäufen und Ausnahmeverkäufen Abgaben; einzig die Kantone Uri (V 13.4), Glarus (G 22.3) und Solothurn (V 1) lassen die Totalausverkäufe und die Kantone Waadt und Genf die allgemeinen ventes au rabais gebühren- und steuerfrei.

In verschiedenen Kantonen sind auch die *Gemeinden* zur Gebühren- bzw. Steuererhebung ermächtigt oder erhalten wenigstens einen Teil der vom Kanton erhobenen Abgaben zugesprochen. Eigene Abgaben zuhanden der Gemeindekasse erheben die Gemeinden in den Kantonen Luzern (V 7.3: so viel wie Staatsabgabe), Zug (G 22:

---

10) *Marti* HGF 242; ähnlich *Burckhardt*, Kom. 249 N 1.

11) Ähnlich wird die Besteuerung von Warenlagern begründet, vgl. ZBJV 81 (1945) 137.

12) Vgl. Sten Bull 1943 NR 163/64.

bis 1/2 Staatsabgabe), Solothurn (V 12.3: bis 1/2 Staatsabgabe), St. Gallen (V 13.5: bis Betrag der Staatsabgabe).

2. Weder das Wettbewerbsgesetz noch die Verordnung enthalten ausser dem Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts weitere Bestimmungen, etwa über die Gebührenmaxima [13]. Die Kantone sind deshalb in der Ausgestaltung der Abgaben frei.

Die *Bemessung der Abgaben* erfolgt nach verschiedenen Systemen [14]:

a) Es ist ein fester Betrag angesetzt (Zug G 21.2, für period. Veranstaltungen bei einheitlicher Preisermässigung von 10 %; Thurgau V 12.1a, für Totalausverkäufe).

b) Es ist eine feste Grundtaxe angesetzt, zu welcher ein ebenfalls fester Zuschlag für jede beim Ausverkauf beschäftigte Person mit Ausnahme des Geschäftsleiters hinzukommt (Graubünden Geb. Tarif 3/4, für period. Veranstaltungen).

c) Es sind feste Beträge angesetzt, gestaffelt nach dem Wert der einbezogenen Waren (Freiburg R 71, nur für Total- und Teilausverkäufe; Waadt R 69).

d) Es wird im Rahmen von Mindest- und Höchstabgaben eine Steuer in Prozenten des Verkaufswertes der einbezogenen Waren oder des erzielten Umsatzes bezogen (Zürich V 6, nicht für Totalausverkäufe; Bern G 44; Luzern V 7; Glarus G 22; Zug G 21.1, nicht für period. Veranstaltungen mit einheitlicher Preisermässigung; Freiburg R 89, nur für period. Veranstaltungen; St. Gallen V 12.1; Graubünden Geb. Tarif 1/2, nicht für period. Veranstaltungen; Aargau V 1.I/II, nicht für period. Veranstaltungen; Thurgau V 12.1b - d, nicht für Totalausverkäufe).

e) Ein Grossteil der Kantone hat nur Mindest- und Höchstabgaben festgesetzt, innerhalb welcher die Vollzugsbehörden im Einzelfall die Abgaben berechnen (Rahmensteuer). Die Berechnung hat sich zum Teil nach Menge und Art der einbezogenen Ware, nach Art, Umfang und Dauer der Veranstaltung oder nach der Bedeutung des Geschäftsbetriebes (Umfang, Bestand des Verkaufspersonals, örtliche Lage) zu richten.

---

13) Allerdings wurde im Nationalrat bei der Beratung von UWG 19 der Antrag gestellt, vor dem Wort „Gebühren" sei das Wort „mässig" einzufügen, um damit zum Ausdruck zu bringen, dass die Ausverkaufsabgaben keinen Fiskalcharakter haben sollten. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt; vgl. Sten Bull 1943 NR 163.

14) Vgl. *Giger* 292.

Die drei ersten Systeme sind vom Standpunkt der Rechtssicherheit und -gleichheit aus zu begrüssen; ihr Nachteil liegt darin, dass die starr festgelegten Beträge unter Umständen prohibitiv wirken können, wenn die Veranstaltung nicht zum erhofften Erfolg führt. Deshalb ist das letztangeführte System (der Rahmensteuer) das gebräuchlichste, womit sich der Verkauf nach seinem voraussichtlichen wirtschaftlichen Erfolg taxieren lässt. Obwohl bei dem der Veranstaltung vorausgehenden Veranlagungsverfahren nur der mutmassliche Ertrag des Ausverkaufs berechnet werden kann und sich daraus fast notwendigerweise eine stärkere Belastung ergibt, kann die Taxierung bei diesem System kaum als willkürlich im Sinne von BV 4 bezeichnet werden, sofern sich die Taxierungsbehörde auf sachliche, wenn auch mutmassliche Annahmen stützt [15, 16]. Beim System, das eine Steuer in Prozenten der einbezogenen Waren oder des erzielten Umsatzes vorsieht, ist zweierlei zu beachten: Die Berechnung nach Prozenten des effektiv ausgewiesenen Umsatzes kommt nur bei den Ausnahmeverkäufen in Frage, weil diese Veranstaltungen nicht auf ein bestimmtes Lager beschränkt sind, sondern Waren nachgeschoben werden können. Wichtiger ist aber, dass die gesetzlich festgelegten Prozente nicht prohibitiv wirken; nach neuerer Praxis des Bundesgerichtes sind 1,5 % des herabgesetzten Inventarwertes der einbezogenen Waren und 5 % der Bruttoeinnahmen (d. h. des beim Ausverkauf erzielten Umsatzes) als zulässige Höchstgrenze anzusehen [17].

Nach dem oben erarbeiteten Begriff der Gebühr sollte die Ausverkaufsgebühr die finanzielle Gegenleistung des Gewerbetreibenden für die seine Ausverkaufsveranstaltung betreffenden behördlichen Kontrollmassnahmen sein und dementsprechend berechnet werden. Wenn jedoch die Höhe der Ausverkaufsgebühren nach der Bedeutung

---

15) *Burckhardt*, Kom. 251.

16) Zu den sachlichen Annahmen gehört wohl auch das Abstellen auf die Dauer des Verkaufs. In der Regel werden die Taxen monatlich bezogen; abweichend Appenzell A.-Rh. VV 7.1 (wo für die Saisonausverkäufe eine Veranlagungsperiode von einer Woche, für die Ausnahmeverkäufe eine solche von einem Tag vorgesehen sind) sowie Graubünden Geb. Tarif 3/4. — Meines Erachtens sollte nicht auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Unternehmens abgestellt werden, weil sonst die Gefahr einer Wirtschaftspolitik besteht; schliesslich ist der Ausverkauf und nicht die Unternehmung Steuerobjekt.

17) Vgl. BGE 75 I 113 f und dortige Zitate sowie 79 I 214 ff E 4. Nach dieser Praxis müssen die zwei Prozente des Inventarwertes, die Glarus (G 22.1c) auf die Saison- und Inventurausverkäufe erhebt, als prohibitiv gewertet werden.

des Geschäftes, nach der Anzahl der im Ausverkauf beschäftigten Personen oder nach dem erzielten Gewinn bemessen wird, so widerspricht das dem Entgeltcharakter der Gebühr. Es braucht wohl nicht ausführlicher dargelegt werden, dass die meisten kantonalen und kommunalen Ausverkaufsabgaben keine eigentlichen Gebühren, sondern Gewerbesteuern sind, die den Bedürfnissen des kantonalen Fiskus Rechnung tragen; das trifft auch dort zu, wo die Höhe der Steueransätze mit Rücksicht auf das Verbot prohibitiver Besteuerung im Rahmen der ordentlichen Gebührenansätze gehalten wird.

3. Trotz ihrer weitgehenden Verschiedenheiten in der Bemessung weisen die kantonalen Vorschriften verschiedene gemeinsame Züge auf. So werden die Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe meistens nach ihrem voraussichtlichen Erfolg taxiert. Sodann belasten einige Kantone die Ausnahmeverkäufe höher als die Saison- und Inventurausverkäufe; diese fiskalische Differenzierung der periodischen Veranstaltungen entspricht der Unterscheidung zwischen Räumungs- und Belebungsverkäufen und ist deshalb gerechtfertigt [18]. Endlich hat eine Grosszahl der Kantone die mildernde Möglichkeit vorgesehen, beim Vorliegen besonderer Verhältnisse die Abgaben zu ermässigen oder ganz zu erlassen, und dies vor allem beim Totalausverkauf infolge Todesfall, Krankheit usw. [19].

Was die Veranlagung und Fälligkeit sowie die Nachzahlung umgangener und die Rückerstattung zuviel bezahlter Abgaben betrifft, soll im folgenden behandelt werden.

III. Die Gebühren- und Steuerpflicht

1. Da die Gemengesteuer gleichzeitig eine eigentliche Gebühr in sich schliesst, Gebühren und Steuern jedoch nicht denselben Entstehungsgrund — der sich vom gesetzlichen unterscheidet [20] — haben, muss zwischen Gebühren- und Steuerpflicht unterschieden werden. Überdies sind zwei verschieden geartete Gebührenpflichten zu beachten, da die Ausverkaufsgebühren ihrerseits in Kanzlei- und Kon-

18) Ebenso EVD Erläut. N 3.3 zu AVO 25 und *Giger* 292.

19) Die Kantone Uri (V 13.4), Glarus (G 22.3) und Solothurn (V 1) erheben bei den Totalausverkäufen von vornherein keine Gebühren. Im übrigen vgl. Bern G 44.3, Schwyz G 18.2, Zug G 21.3, Baselland VV 11.2, Schaffhausen G 42.3, Appenzell A.-Rh. VV 7.2 Appenzell I.-Rh. VV 7.2, St. Gallen V 12.2, Graubünden Geb. Tarif 7, Aargau V 3.3 und 6, Genf Beschluss 9.

20) Vgl. *Blumenstein*, System aaO 207.

trollgebühren zerfallen. Die Gebühr als Äquivalent für die von der Verwaltung entfalteten Tätigkeit hat ihren Entstehungsgrund im tatsächlichen Handeln der Behörden. Der Gesuchsteller einer Ausverkaufsbewilligung ist deshalb nicht nur dann gebührenpflichtig, wenn ihm die Bewilligung erteilt wird, sondern hätte die Gebühr auch im Falle der Verweigerung der Ausverkaufsbewilligung zu entrichten, weil sein Bewilligungsgesuch kontrolliert werden musste, und deshalb eine Kontrollgebühr fällig wäre. Demgegenüber haben die Gewerbesteuern ihren Entstehungsgrund im Tatbestand des wirtschaftlichen Vorganges; die Steuerpflicht wird also durch die Tatsache des Ausverkaufens ausgelöst, unabhängig davon, ob die betreffende Ausverkaufsveranstaltung bewilligt wurde oder nicht.

Wollte man diese begriffliche Unterscheidung zwischen Gebühren- und Steuerpflicht unbesehen in praxi zur Anwendung bringen, so würde das zu Inkonvenienzen führen. Zwar spricht der wirtschaftliche Erfolg der Veranstaltung für die Besteuerung z. B. eines Ausnahmeverkaufs, der nachträglich nicht bewilligt werden kann oder dessen Bewilligung entzogen werden musste. Doch erscheint es unbillig, wenn der Staat für eine Veranstaltung, die er als unzulässig bezeichnet, Abgaben erhebt oder sich mit anderen Worten an einem unzulässigen Ausverkauf bereichert [21]; würde man das zulassen, so könnten die Behörden versucht sein, die Bewilligung lediglich zur Herbeiführung des Steuertatbestandes zu erteilen, um sie nachträglich wieder zu entziehen; das verstösst aber offensichtlich gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, die auch im öffentlichen Recht, namentlich im Steuerrecht, Geltung haben [22].

Ähnlich beurteilen sich die Vorschriften über die sog. *Nachzahlung „umgangener" Abgaben*, wie sie im früheren kantonalen Recht bekannt waren und z. T. heute noch gelten [23]. Es handelt sich darum, dass der fehlbare Gewerbetreibende im Falle der Durchführung einer nicht bewilligten Veranstaltung neben der strafrechtlich ausgesprochenen Busse auch die nichtbezahlten Ausverkaufsabgaben zu entrichten hat. Eine derartige Steuernachforderung — um die es sich hier meistens handelt — darf dann nicht gestellt werden, wenn der Ge-

21) Ebenso *Giger* 293.

22) Vgl. *Baumann* Marcel, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 1952, 57, 125 ff.

23) Zürich V 7.3, Bern G 69, Luzern V 9.2, Schwyz G 53.1a, Nidwalden G 35.4, Zug G 25.4, Freiburg R 112.1a, Baselstadt V 8.1, III, Baselland VV 14, Appenzell A.-Rh. VV 7.3, St. Gallen V 13.4, Aargau V 3, Tessin G 15.2.

werbetreibende auf behördliches Vorhalten hin um eine Bewilligung nachgesucht hat, diese ihm dann aber nicht erteilt wurde; denn eine Umgehung ist nur möglich in bezug auf die Abgaben für einen Verkauf, für den eine Bewilligung ausgestellt ist oder nachträglich erteilt werden kann [24]. Andernfalls hat sich die Behörde mit den strafrechtlichen Sanktionen, d. h. mit Bussen, zu begnügen, die infolge der hier meistens vorliegenden Gewinnabsicht sehr hoch sein können. — Diese Überlegungen treffen grundsätzlich auch auf die andern Fälle von „Steuerflucht" zu. Stellt es sich heraus, dass auf Grund falscher Angaben im Bewilligungsgesuch eine zu niedrige Abgabe berechnet wurde, und dass z. B. anstelle des bewilligten Totalausverkaufs tatsächlich ein Belebungsverkauf durchgeführt worden ist, so könnte die allenfalls höhere Steuer für diesen Belebungsverkauf auch nur auf Grund einer nachträglichen Bewilligung gefordert werden (die aber lediglich für Ausverkaufszeiten erteilt werden darf, vgl. AVO 9.2) [25]. Dabei wäre nur die Differenz zwischen der niedrigen und höheren Abgabe nachzubezahlen.

2. Auch das *kantonale Recht* hat sich bei der Ausgestaltung der Abgabenordnungen nicht an den begrifflichen Unterschied zwischen Gebühren- und Steuerpflicht gehalten. In den meisten Kantonen fallen Gebühren- und Steuerpflicht zusammen, so dass der Gewerbetreibende erst mit der Erteilung der Bewilligung abgabepflichtig wird [26]; daraus folgt, dass im Falle der Verweigerung einer Ausverkaufsbewilligung jedenfalls keine Kanzleigebühren bezahlt werden müssen.

3. Die *Vollstreckung* der öffentlichrechtlichen Abgabenforderungen erfolgt gemäss Schuldbetreibungs- und Konkursrecht auf dem Wege der Pfändung oder Pfandverwertung (SchKG 43). Daraus ergibt sich, dass für solche Geldforderungen wie Gebühren, Steuern, Bussen usw. nicht nur die Konkursbetreibung, sondern auch jedes durch kantonales Recht geschaffene andere Vollstreckungsverfahren ausgeschlossen ist und es den Kantonen nicht zusteht, die Betreibung für Steuern usw. zu ihren Gunsten leichter zu gestalten [27]. Die Praxis in verschie-

24) *Giger* 293. — Dagegen dürften jene Kantone eine Kontrollgebühr erheben, die zwischen Kanzlei- und Kontrollgebühr unterscheiden.

25) Ebenso BGE 43 I 247 und *Giger* 293 N 96; weitergehend BGE 48 I 461/62, 57 I 71 f E 3 und *Frey* 115 f.

26) Vgl. z. B. Zürich V 7.1, St. Gallen V 13.1, Aargau V 3.1, Tessin G 14.1, Wallis Beschluss 9.1.

27) BGE 78 I 219/20 und dortige Zitate.

denen Kantonen, die Beitreibung der Ausverkaufsgebühren und -steuern im Strafverfahren geltend zu machen [28], ist deshalb nicht zulässig, selbst wenn sie mit der Überlegung gerechtfertigt werden wollte, dass mit der Nichtbezahlung der Ausverkaufsabgaben regelmässig ein strafrechtlicher Tatbestand des kantonalen Rechts erfüllt sei.

Anders verhält es sich in den Kantonen Schwyz (G 55) und Schaffhausen (G 56), die in ihren Handelspolizeigesetzen eine strafrechtliche Beschlagnahme von Waren bei unzulässigen Veranstaltungen vorsehen. In diesem Falle kann die Verwertung der beschlagnahmten Gegenstände gemäss Vorbehalt von SchKG 44 nach kantonalem Recht und im Strafverfahren durchgeführt werden. Es ist nur erforderlich, dass die in den kantonalen Gesetzen vorgesehene strafrechtliche Beschlagnahme mit der Straftat in einem Zusammenhang steht und nicht zur Sicherung privatrechtlicher Schadensersatzansprüche geschieht [29].

IV. Die Rückerstattung von Ausverkaufsabgaben

1. Da die Abgaben regelmässig vor Beginn des Ausverkaufs bezahlt werden müssen, stellt sich die Frage, ob eine Rückforderung namentlich von Ausverkaufssteuern, z. B. wegen Fehlens des Steuerobjektes, geltend gemacht werden kann; es fragt sich also, ob ein Gewerbetreibender die bereits entrichteten Steuern zurückverlangen kann, wenn er nach Erteilung der Bewilligung seine Ausverkaufsveranstaltung aus irgendeinem Grund überhaupt nicht durchführen kann oder sie vorzeitig abbrechen muss. Soweit die Unterbrechung des Ausverkaufs ihren Grund in einer behördlich festgestellten Unlauterkeit hat, oder wenn mit anderen Worten die Bewilligung entzogen werden musste, so erklären mehrere Kantone den zuvielbezahlten Teil der entrichteten Ausverkaufsabgaben als verfallen [30]. Obwohl die dem verwaltungsrechtlichen Bewilligungsentzug entsprechende Massnahme eine strafrechtliche Sanktion ist, dürfte diese Praxis zu-

28) Bern G 69, Schwyz G 53.1a, Freiburg R 112.1a, Solothurn V 27, Aargau V 3.2, Tessin G 15.2, Waadt G 127.4.

29) BGE 76 I 32 ff, 99 ff, 78 I 220 f.

30) Vgl. Zürich V 7.2, Zug G 25.3, Solothurn V 14, Schaffhausen G 34.2, 2. Satz, St. Gallen V 13.3, Aargau V 3.4.

lässig sein; denn es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn die selbstverschuldete Unlauterkeit des Gewerbetreibenden gleichsam damit belohnt würde, dass ihm die zuviel bezahlten Abgaben zurückerstattet werden.

Das führt uns zur weiteren Frage, ob eine Rückforderung in denjenigen Fällen geltend gemacht werden kann, wo das Nichtausverkaufen oder die Unterbrechung der Veranstaltung, z. B. infolge Todesfall des Ausverkäufers, auf keiner Unlauterkeit beruht. Nach einer in der Schweiz vorherrschenden Lehrmeinung ist eine Rückerstattung nur auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift möglich, welche die Revision des in Rechtskraft erwachsenen Steuerentscheides zulässt [31]. Derartige Bestimmungen haben lediglich die Kantone Zug (G 23) und Solothurn (V 24) vorgesehen, wobei in Solothurn der Nachweis irrtümlicher Zahlung erbracht werden muss. In den übrigen kantonalen Ausverkaufserlassen fehlen solche Vorschriften [32]. Dagegen bestehen in Bern und Basel allgemeine verwaltungsrechtliche Bestimmungen, die eine Steuerrückforderung zulassen [33].

2. Die erwähnte Lehrmeinung, wonach ein Rückerstattungsanspruch nur dort gegeben ist, wo eine gesetzliche Vorschrift die Revision des materiell rechtskräftigen Steuerentscheides zulässt, ist nicht unwidersprochen geblieben. Der Behauptung, eine Rückerstattung ohne gesetzliche Anordnung verstosse gegen den Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung, wird mit Recht entgegengehalten, dass die Bezahlung einer Nichtschuld, d. h. einer gesetzlich nicht begründeten Schuld — sei es, dass der gesetzliche Grund überhaupt nicht gegeben war, sei es, dass er sich nachträglich nicht verwirklicht hat oder weggefallen ist —, ebenfalls ungesetzlich ist. Denn der Staat darf den Bürger nicht über das gesetzliche Mass hinaus belasten; sollte das tatsächlich geschehen sein, so muss der Zustand wieder hergestellt werden, der dem Gesetz entspricht; dies ist aber nur mit der Rückerstattung der nichtgeschuldeten Abgabe möglich [34].

---

31) Vgl. *Blumenstein*, System aaO 197 ff und dortige Zitate; BGE 52 I 12, 74 I 405 E 1.

32) In Zürich (V 7.1), St. Gallen (V 13.2) und Thurgau (V 12.1c, d) dagegen ist eine Rückforderung insofern möglich, als die endgültige Abrechnung über die zum voraus bezahlten Abgaben erst nach Schluss der Veranstaltung erfolgt, und demzufolge der Steuerentscheid erst in diesem Zeitpunkt materielle Rechtskraft erhält.

33) Vgl. *Blunschy* Alfred, Der Rückerstattungsanspruch im öffentlichen Recht, Diss. Freiburg 1947, 28 f.

34) *Blunschy* aaO 63 ff, *Fleiner*, Inst. 437 f, *Zwahlen Henri*, La restitution

Nimmt man mit der zweiten, m. E. richtigen Auffassung das Bestehen eines Anspruches auf Rückerstattung nichtgeschuldeter Abgaben an, so kann es sich nur um einen *öffentlichrechtlichen Anspruch* handeln. Das ist auch die Ansicht des Bundesgerichtes — das von einer „allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rückforderungsklage wegen Bezahlung einer Nichtschuld" spricht (BGE I 310) — sowie namhafter Autoren [35]. Kann aber die Rückvergütung zuviel bezahlter Steuern geltend gemacht werden, so muss auch ein Anspruch auf Rückerstattung von Gebühren bestehen, selbst wenn der Unterschied zwischen Gebühren und Steuern rechtlich von grosser Bedeutung ist [36]. Die Rückerstattung von Gebühren rechtfertigt sich namentlich dort, wo Gebühren zum voraus erhoben werden; denn eine derartige Vorausbezahlung widerspricht der Entgeltnatur der Gebühr, weil der behördliche Aufwand nicht mit Sicherheit vorausberechnet werden kann.

3. Aus dem Vorstehenden dürfen wir die einleitende Frage bejahen, dass eine Rückforderung von nichtgeschuldeten Ausverkaufsgebühren bzw. -steuern geltend gemacht werden kann. Und zwar steht dem Gewerbetreibenden, der vor oder nach Erteilung der Bewilligung, aber nach Erlegung der Abgaben seine Ausverkaufsveranstaltung aus irgendeinem Grunde nicht durchführen konnte, ein öffentlichrechtlicher Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung des Staates *wegen nicht verwirklichtem Leistungsgrund* zu [37]. Dabei liegt die Nichtverwirklichung in der Nichterfüllung des Steuertatbestandes, d. i. die Veranstaltung des Ausverkaufs, oder mit anderen Worten im Fehlen des Steuerobjektes. Sieht sich der Ausverkäufer dagegen gezwungen, eine Veranstaltung aus einem anderen als dem Entzugsgrund vorzeitig zu unterbrechen, so kann er den Anspruch *wegen nachträglich weggefallenem Leistungsgrund* geltend machen [38]. Wie gesagt sind in diesem Fall auch die zuviel bezahlten Kontrollgebühren rückzuvergüten, da der Gebührenbetrag, der über die Entschädigung für den behördlichen Aufwand bei der Kontrolle des Ausverkaufs hinausgeht, ebenso voraussetzungslos ist wie die Steuern.

---

de l'impôt payé à tort, in: Recueil des travaux offert à la Société suisse des juristes par la Faculté de l'Université de Neuchaâtel 1946, 285.

35) *Fleiner*, Inst. 180/81, *Peters* 156, 347, *Forsthoff* 140; ebenso *Blunschy* aaO 43 ff.

36) Ebenso *Blunschy* aaO 108.

37) *Blunschy* aaO 109 ff; ebenso BGE 78 I 88 und dortige Zitate.

38) *Blunschy* aaO 117 ff.

Neben den erwähnten lässt die Praxis noch *andere Revisionsgründe* zu. So hat das Bundesgericht „in ständiger Rechtssprechung die Revision zugelassen, wenn die Veranlagung unter Verletzung wesentlicher prozessualer Grundsätze zustande gekommen ist, wenn in einem Entscheid Tatsachen unberücksichtigt geblieben sind, die zum Zwecke der Beurteilung aus ... amtlichen Urkunden hätten entnommen werden müssen, ferner in Fällen, wo im Revisionsverfahren Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, deren Geltendmachung dem Pflichtigen im früheren Verfahren nicht möglich war" (BGE 74 I 406) [39]. Sodann hat der Gewerbetreibende auch einen Rückerstattungsanspruch, wenn er sich bei der Veranlagung über die Höhe der Abgaben in einem Irrtum befunden hat [40], oder die Behörden ihm über die massgeblichen Umstände eine unrichtige Auskunft erteilt haben; nur dann kann sich der Gewerbetreibende nicht auf einen Irrtum berufen, wenn er bei zumutbarer Aufmerksamkeit die Mängel hätte entdecken sollen [41]. Endlich ist ein Rückerstattungsanspruch auch wegen formeller und materieller Nichtigkeit des Steuerentscheides gegeben [42]. Nichtig ist ein Steuerentscheid z. B. dann, wenn eine örtlich unzuständige Behörde den Leiter eines Versandgeschäftes unter Androhung von Zwangsmitteln dazu verleitet, für eine Veranstaltung, die an sich nicht bewilligungspflichtig ist, eine Bewilligung einzuholen und die betreffenden Ausverkaufsabgaben im Kanton der Käufer zu entrichten, obwohl er nur im Kanton, wo er seinen Geschäftssitz hat, bewilligungs- und damit gebühren- und steuerpflichtig ist (vgl. AVO 4.1 a. E.); die formelle Nichtigkeit des Steuerentscheides hat ihren Grund in der nichtzuständigen Behörde, während der Steuerentscheid deshalb materiell nichtig ist, dass ein Nichtausverkauf veranlagt und besteuert wurde.

---

39) So auch BGE 57 I 223, 71 I 106, 75 I 311, 76 I 7, 78 I 62, 200 f, vgl. die Zusammenstellung der bundesger. Revisionsgründe im: Archiv für Schweiz. Abgaberecht 18 (1949/50) 461 f.

40) BGE 78 I 89 f, wo das Bundesgericht auch auf die Frage der Verjährung des Rückerstattungsanspruches infolge Willensmangel eintritt und eine fünfjährige Frist für angemessen hält.

41) BGE 76 I 7 f; a. A. *Frey* 117, der bei der Ablehnung des Anspruches wegen Irrtum lediglich an den Fall denkt, wo der Irrtum auf vorsätzlich unrichtigen Angaben des Steuerpflichtigen beruht.

42) *Blunschy* aaO 79 ff.

4. Abschnitt

DER RECHTSSCHUTZ IM AUSVERKAUFSWESEN

11. Kapitel:

Die kantonalen Rechtsmittel

Die behördlichen Verfügungen in Anwendung eidgenössischen und kantonalen Ausverkaufsrechts haben z. T. recht weittragende Auswirkungen für die wirtschaftliche Stellung des Betroffenen. Wir erinnern an die Verweigerung, den Entzug einer Ausverkaufsbewilligung, an Kontrollmassnahmen, Bussen- und Steuerverfügungen, an die vorübergehende Schliessung des Ausverkaufs oder Geschäftes. Bei all diesen Androhungen, die meist im Rahmen einer Ermessensbefugnis getroffen werden, besteht die Gefahr unrichtiger, rechtsungleicher oder gar willkürlicher Rechtsanwendung. Es ist deshalb verständlich, dass der Gewerbetreibende ein Bedürfnis nach Rechtsschutz hat.

1. Die meisten kantonalen Ausverkaufsordnungen enthalten Bestimmungen über den Beschwerdeweg; wo das nicht der Fall ist, gelten die Rechtsmittel der allgemeinen Gesetzgebung. Die kantonalen Bestimmungen betreffen fast ausschliesslich die Rekursmöglichkeiten in Verwaltungsstreitsachen [1], und zwar sowohl des Bundes- wie des kantonalen Rechts; dabei handelt es sich ausnahmslos um Beschwerden an Verwaltungsbehörden, letztinstanzlich um *Verwaltungsbeschwerden* an den Regierungs- bzw. Kleinen Rat.

Die Länge des Beschwerdeweges hängt von der kantonalen Organisation der Vollzugsbehörden ab. Kantone wie Bern (G 70), Schaffhausen (G 32.2) und St. Gallen (V 16), die beim Vollzug der Ausverkaufsvorschriften, namentlich im Bewilligungsverfahren, die Mitarbeit der Gemeindebehörden in Anspruch nehmen, kennen einen zweistufigen Instanzenzug [2], während in den übrigen Kantonen lediglich eine einzige Rekursbehörde zuständig ist. Oberste Rekursinstanz, zuweilen auch in Strafsachen, ist in allen Kantonen der Regierungsrat, der mancherorts zugleich die kantonale Ausverkaufsordnung er-

1) Ausgenommen Schaffhausen G 58.3 und Graubünden AB 16.2 wo die Weiterziehung oder der Ausschluss der Beschwerde in Strafsachen vorgesehen ist.
2) Ebenso Schwyz (V 40), Appenzell A.-Rh. (VV 1.3) und Aargau (VV 13).

lassen hat[3]. In Luzern (V 11.1) entscheidet neben dem Regierungsrat auch das Militär- und Polizeidepartement letztinstanzlich, allerdings nur in leichteren Beschwerdefällen.

Zur Beschwerde legitimiert ist im allgemeinen der von der angefochtenen Verfügung unmittelbar Betroffene. In Obwalden (V 11) und Genf (Beschluss 15) sind auch andere, an der Beschwerde interessierte Personen beschwerdeberechtigt, so vor allem Konkurrenten des Beschwerdeführers und Wirtschaftsverbände[4, 5]; das Beschwerderecht der Konkurrenten und Wirtschaftsverbände in Obwalden besteht allerdings nur im Falle einer Ausnahmebewilligung vom Geschäftseröffnungsverbot (AVO 17).

Die von Kanton zu Kanton verschiedene Ordnung der Legitimation zu Beschwerden in Ausverkaufssachen führt uns zur Frage, ob dadurch nicht die vom Bundesgesetzgeber angestrebte Vereinheitlichung des Ausverkaufswesens in Frage gestellt und somit Bundesrecht verletzt wird. Wir müssen diese Frage bejahen. Denn die Legitimation gehört auch dem materiellen Recht an, und deren unterschiedliche Regelung in den Kantonen gefährdet die Rechtseinheit. Ein Streitfall kann nämlich in einem Kanton mangels einer legitimierten Partei nicht zum Entscheid kommen, in einem andern Kanton dagegen wohl, wie gerade die Zulässigkeit einer Ausnahmebewilligung vom Geschäftseröffnungsverbot.

2. Dass Verwaltungs- und nicht Gerichtsbehörden über allfällige Beschwerden gegen behördliche Verfügungen zu befinden haben, ist zu bedauern. Das hängt im wesentlichen damit zusammen, dass die meisten Kantone, mit löblicher Ausnahme von Bern und Baselstadt, keine eigene Verwaltungsgerichtsbarkeit haben. Es wäre aber namentlich in jenen Kantonen, wo der Regierungsrat gleichzeitig Gesetzgeber und oberste Rekursinstanz ist, wünschenswert, dass eine gerichtliche Instanz entscheiden würde. Das erfordert der rechtsstaatliche Grundsatz der Gewaltentrennung. Freilich wird geltend gemacht, die Beschwerdematerien wie namentlich die Frage der Verweigerung einer Ausverkaufsbewilligung seien vorwiegend technischer Natur und

3) So in Zürich, Luzern, St. Gallen, Aargau, Thurgau und Genf.

4) Ob ein derartiges Beschwerderecht auch in anderen Kantonen, die darüber nichts bestimmt haben, gilt, ist fraglich; der Regierungsrat von Baselstadt hat es in seinem Entscheid vom 30. 12. 1952 abgelehnt, vgl. ZBl 54 (1953) 200 ff, bes. 201.

5) Auch Amtsstellen sind zur Beschwerde legitimiert; so rekurrieren in Obwalden (V 2.3) der Gemeinderat gegen Verfügungen der Polizeidirektion, in St. Gallen (V 16) das kantonale Patentamt gegen gemeinderätliche Verfügungen.

könnten als Administrativsachen von einer Verwaltungsbehörde weit besser behandelt werden als von einer gerichtlichen [6]. Diesem Einwand, der das Misstrauen gegen die Normentreue der Gerichte nicht verbergen kann, ist entgegenzuhalten, dass auch eine Kantonsregierung nicht mehr solche „technische" Kenntnisse hat. Zudem ist daran zu erinnern, dass auch im Bundesrecht bei Entzug von Bewilligungen der Richter angerufen werden kann (OG 99.III). Ein Entscheid über Verfügungen wie z. B. diejenigen zur Durchsetzung des Geschäftseröffnungsverbotes setzt nicht allein sog. technische Kenntnisse voraus; vielmehr muss er der Rechtslage des Betroffenen gerecht werden. Auch der Einwand, dass die Entscheide des Regierungsrates an Bundesinstanzen weitergezogen werden können, hilft nicht, wenn man weiss, dass in diesem Falle wiederum eine Beschwerde an eine Verwaltungsinstanz, nämlich an den Bundesrat, gegeben ist.

12. Kapitel:

Die eidgenössischen Rechtsmittel

Die Ausverkaufsordnung ist eine gewerbepolizeiliche Regelung und enthält straf- und verwaltungsrechtliche Bestimmungen. Über die Gestaltung des Beschwerdeweges ist weder im Wettbewerbsgesetz noch in der Verordnung etwas vorgesehen. Als Rechtsmittel sind daher die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht und die staatsrechtliche Beschwerde an den Bundesrat gegeben. Da die Regelung des Ausverkaufswesens nicht ausschliesslich Bundesrecht ist, sondern den Kantonen Gesetzgebungskompetenzen vorbehalten wurden, kommt auch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht als Rechtsbehelf in Frage.

I. Die Nichtigkeitsbeschwerde

1. Gegen Endurteile der kantonalen Gerichte (und Verwaltungsbehörden) in Bundesstrafsachen ist nach BStP 268 die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes zulässig. Auch die Ausverkaufsverordnung enthält bundesrechtliche Strafbestim-

6) Vgl. BBl 1952 II 315 f, *Kirchhofer* Emil, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, Basel 1930, 21.

mungen. Sie ist in bezug auf diese Strafvorschriften ein „strafrechtliches Bundesgesetz". Das ergibt sich aus dem Charakter der Normen als Strafnormen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist also auch gegen Strafurteile in Ausverkaufssachen gegeben.

2. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde kann gerügt werden, dass der angefochtene Strafentscheid Bundesrecht verletze (BStP 269.1). Das gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, die unrichtige Anwendung und Auslegung oder die Nichtanwendung der bundesrechtlichen Ausverkaufsvorschriften durch die Kantone frei zu überprüfen. So kann der Kassationshof z. B. in Auslegung von AVO 20.1e die (Rechts-)Fragen untersuchen, ob die Angaben eines Inserats irreführend waren und ob der Fehlbare dabei dolos handelte, und er wird je nachdem die ausgesprochene Busse aufheben. Dagegen steht dem Kassationshof die freie Überprüfung von Tatfragen nicht zu (BStP 277 bis). Trotz dieser Einschränkung ist die Nichtigkeitsbeschwerde nach herrschender Auffassung in der Literatur [7] das geeignete Rechtsmittel, um die *einheitliche* Auslegung und Anwendung des Bundesrechts, insbesondere des Strafrechts, zu gewährleisten. Sie kann also der auf dem Gebiete des Ausverkaufswesens wichtig erachteten Rechtsvereinheitlichung voll Rechnung tragen. Diese Rechtseinheit bewirkt die Nichtigkeitsbeschwerde aber nur mit Rücksicht darauf, dass die Prüfung verwaltungsrechtlicher Vorfragen durch den Strafrichter zulässig ist [8]. Eine Vorfrage liegt dann vor, wenn der Spruch der erkennenden Behörde (d. h. des Kassationshofs) in der Hauptsache nur gefällt werden kann nach Klärung einer Frage, die in den Wirkungskreis einer anderen (Verwaltungs-) Behörde fällt [9]. Macht z. B. eine Verwaltungsbehörde einem Gewerbetreibenden den Vorwurf, er habe eine bewilligungspflichtige Verkaufsveranstaltung ohne behördliche Bewilligung durchgeführt, und kommt es — neben der behördlich verfügten Schliessung des Ausverkaufs — gemäss AVO 20.1a zum Strafverfahren, so muss der Kassationshof vorerst die Frage abklären, ob die betreffende Veranstaltung überhaupt bewilligungspflichtig gewesen wäre; erst dann kann er auf die Hauptfrage eintreten, ob die Busse zu Recht oder Unrecht ausgefällt wurde.

---

7) Statt vieler *Rüegsegger* Eduard, Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, Zürcher Diss. 1946, 15 ff und dortige Zitate.

8) *Antoniolli* Walter, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, 29 ff, *Forsthoff* 83 f.

9) *Antoniolli* aaO 29 N 48.

3. Daraus, dass die Nichtigkeitsbeschwerde vor allem für die Wahrung der Rechtseinheit geschaffen wurde, dürfen für die weitere Ausgestaltung des Rechtsweges in Ausverkaufssachen zwei Folgerungen gezogen werden: Erstens muss das Rechtsmittel des Bundesrechts, das gegen solche Anwendung der Ausverkaufsordnung zulässig ist, die nicht in Strafurteilen besteht, so beschaffen sein, dass es ebenfalls zu freier Überprüfung der Rechtsanwendung führt und insoweit der Nichtigkeitsbeschwerde ähnlich ist; eine blosse Beschwerde wegen willkürlicher Rechtsanwendung (BV 4) würde z. B. nicht genügen. Sodann sollte dieser verwaltungsrechtliche Rechtsschutz wie der strafrechtliche ein *gerichtlicher* Rechtsschutz sein, also nicht bloss ein verwaltungsinterner Rechtsschutz. Diese Forderung muss schon deshalb erhoben werden, als zur Zeit, da das Ausverkaufswesen noch der gesetzlichen Regelung durch die Kantone anheimgegeben war, in Gestalt der Verfassungsgerichtbarkeit des Bundesgerichts ein gerichtlicher Rechtsschutz bestand; damals wie heute musste und muss sich der Gewerbetreibende die gleichen oder mindestens ähnlichen polizeilichen Beschränkungen seiner Ausverkaufstätigkeit gefallen lassen, und sein Rechtsschutz sollte daher nach der Vereinheitlichung des Ausverkaufsrechts durch den Bund nicht vermindert sein.

Bei der Schaffung der bundesrechtlichen Ausverkaufsordnung hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, als derartiges gerichtliches Rechtsmittel die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht vorzusehen (OG 100). Da weder das Wettbewerbsgesetz noch die Verordnung Sonderbestimmungen über den Beschwerdeweg enthalten, gilt als Rechtsmittel in Verwaltungsstreitsachen bloss die staatsrechtliche Beschwerde an den Bundesrat.

II. Die staatsrechtliche Beschwerde an den Bundesrat

1. Die staatsrechtliche Beschwerde an den Bundesrat ist gegen Verwaltungsverfügungen der letzten kantonalen Instanz gegeben, soweit die Anwendung von Bundesrecht in Frage steht (OG 125.1b). Auch *kantonale Ausverkaufserlasse* können Gegenstand der Beschwerde sein, wenn sie das Verhältnis zum Bundesrecht betreffen, auf dieses Bezug haben. Eine solche Beziehung besteht der Materie nach bei den das Bundesrecht ergänzenden kantonalen Ausverkaufsvorschriften (AVO 25.1). Aber auch das abweichende kantonale Recht im Sinne

von AVO 26 muss darauf geprüft werden, ob die durch den Bundesrat an sich unzulässig übertragene Kompetenz der Kantone zu dieser Gesetzgebung überschritten und deshalb Bundesrecht verletzt worden ist. Die Frage, ob und inwieweit die kantonalen Bestimmungen über die Ausverkaufsabgaben (AVO 25.2) Gegenstand einer Beschwerde bilden können, soll in einem anderen Zusammenhang abgeklärt werden.

Wie mit der Nichtigkeitsbeschwerde kann mit der staatsrechtlichen Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden. Darüber hinaus kann auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (OG 127.1). Beide Beschwerdegründe sind schriftlich darzulegen (OG 90 in Verb. mit 130.1, 2. Satz). In der Kognition ist der Bundesrat ebenso frei wie der Kassationshof des Bundesgerichts; das Thema seiner Entscheidung ist durch keine Parteianträge begrenzt, sondern der Bundesrat entscheidet so, wie es dem gesetzten Recht entspricht [10].

2. Nach dem Grundsatz der Kompetenzattraktion hat der Bundesrat ausser der Rüge der Verletzung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften der Ausverkaufsordnung auch diejenige der Verletzung *verfassungsmässiger Rechte* zu beurteilen, wenn diese nur eine mittelbare, d. h. die Folge der angeblich unrichtigen Anwendung des Bundesrechtes ist [11]. So kann der Bundesrat auf die Beschwerde von Verletzung der Gewerbefreiheit (BV 31) eintreten oder über die Rüge materieller Rechtsverweigerung durch willkürliche Anwendung oder Auslegung der betreffenden Ausverkaufsvorschrift (BV 4) befinden. Dagegen ist der Bundesrat zur Beurteilung der Beschwerde, die Erhebung einer Ausverkaufsabgabe sei verfassungswidrig, weil prohibitiv, nicht zuständig. Das Bundesrecht hat die Ordnung der Ausverkaufsabgaben ausschliesslich den Kantonen überlassen, also auch keine Abgabenmaxima festgesetzt. Die Beschwerde wegen Verletzung der Gewerbefreiheit durch prohibitive Ausverkaufssteuern hat deshalb selbständige Bedeutung und ist vom Bundesgericht zu beurteilen [12].

3. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass auch die staatsrechtliche Beschwerde an den Bundesrat ein an sich geeignetes Rechtsmittel ist, um für die einheitliche Auslegung und Anwendung der verwaltungs-

10) *Birchmeier* W., Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, 489.

11) Vgl. BGE 52 I 159, 70 I 5, 75 I 111, 79 I 214; *Birchmeier* aaO 485.

12) BGE 75 I 111, 79 I 214.

rechtlichen Ausverkaufsbestimmungen zu sorgen; in dieser Hinsicht ist sie der Nichtigkeitsbeschwerde ebenbürtig. Der Bundesrat als oberste Rekursinstanz ist Wahrer dieser Rechtseinheit und ist infolge seiner Sachkenntnis in der Lage, dem mit der Verwaltungsaufsicht betrauten Volkswirtschaftsdepartement (AVO 28.3) geeignete Weisungen zu erteilen.

Trotz dieser praktischen Vorzüge müssen wir de lege ferenda die staatsrechtliche Beschwerde als Rechtsmittel in Ausverkaufssachen ablehnen. Was bei der Kritik der kantonalrechtlichen Verwaltungsbeschwerde gesagt wurde, gilt auch hier: Der Bundesrat als Regierungs- und Verwaltungsinstanz ist eben kein Gericht mit derselben Unabhängigkeit und kann deshalb auch nicht dem Rechtsschutzbedürfnis des einzelnen genügend Rechnung tragen. Diesem Erfordernis wird allein das Bundesgericht gerecht. Aus diesem Grunde postulieren wir de lege ferenda die Einführung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, die ihrem eigentlichen Zweck, dem Schutz der subjektiven Rechtssphäre des Bürgers zu dienen, ihre Existenz verdankt [13].

Gegen die Einführung der *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* in Ausverkaufssachen wurden verschiedene Bedenken teils formeller, teils materieller Natur geltend gemacht [14]. Nach Art. 100 des Organisationsgesetzes ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausser in den in OG 97 und 99 aufgezählten Fällen nur dort zulässig, wo das Bundesrecht sie sonst vorsieht. Aus dem Umstand, dass das Wettbewerbsgesetz — wohl aus Versehen — keine derartige Sonderbestimmung enthält, wurde nun gefolgert, dass auch der Bundesrat als Verordnungsgeber die Beschwerde nicht vorsehen dürfe, ohne über seine Verordnungskompetenz hinauszugehen. Überdies hatte man sich gefragt, ob das Verordnungsrecht als Bundesrecht im Sinne von OG 100 gelten kann. Es ist nun unzweifelhaft, dass auch eine bundesrätliche Verordnung zum Bundesrecht gehört, denn der Begriff des Bundesrechts bildet hier den Gegensatz zum kantonalen Recht [15]. Was die Frage nach dem Umfang der Kompetenznorm des Wettbewerbsgesetzes (UWG 17.4) betrifft, ist zu sagen, dass der Bundesrat in dieser

---

13) *Birchmeier* aaO 417/18, *Kirchhofer* aaO 14.

14) Vgl. u. a. Exp.Prot. IV 53 ff und EVD Entwurf 41 ff.

15) Das ergibt sich in analoger Auslegung zu OG 125.1, wo von kantonalen Erlassen die Rede ist; hier ist der Ausdruck „kantonal" im Gegensatz zu „eidgenössisch" gemeint. Ebenso *Birchmeier* aaO 482.

Bestimmung umfassende Zuständigkeiten für die rechtliche Regelung des Ausverkaufswesens erhielt, obwohl dort bloss von „erforderlichen Ausführungsvorschriften" zum UWG die Rede ist; so konnte der Verordnungsgeber sogar weitere Strafvorschriften erlassen (UWG 18.2), was doch erheblich weitergeht, als die Einführung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde anstelle der staatsrechtlichen Beschwerde an den Bundesrat. Wichtiger ist nun aber, dass die Ordnung des Beschwerdeweges gegenständlich mit zur Regelung des Ausverkaufswesens gehört, zu der der Bundesrat ermächtigt wurde. Es kann also keine Rede davon sein, dass der Verordnungsgeber für die Ordnung des verwaltungsrechtlichen Rekursweges eine besondere gesetzliche Ermächtigung nötig gehabt hätte. Die Ausdehnung des Rechtsschutzes durch die Verordnung bedeutet keine Verletzung der Delegationsnorm, denn der Vorbehalt des Gesetzes gilt ja gerade für Eingriffe in die Freiheit und nicht für bessern Schutz derselben.

Ausser dem bereits erledigten Einwand, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei Administrativsachen nicht geeignet sei, wurde noch geltend gemacht, der Rechtsschutz der staatsrechtlichen Beschwerde gehe weiter als der der Verwaltungsgerichtsbeschwerde; denn der Bundesrat könne auch kantonale Erlasse überprüfen und zudem sei er in der Kognition nicht an die Parteianträge gebunden. Abgesehen davon, dass dem jetzigen kantonalen Ausverkaufsrecht — mit Ausnahme der Bestimmungen über die Ausverkaufsabgaben — nurmehr wenig Bedeutung zukommt, darf auf den hinsichtlich der Kognition bestehenden Unterschied nicht allzu grosses Gewicht gelegt werden. Die Bindung des Richters an die Parteianträge (OG 109) ist eine Folgerung aus der justizmässigen Seite der Verwaltungsgerichtsbarkeit, und die Praxis des Bundesgerichtes ist in dieser Hinsicht sehr liberal [16]. Im übrigen ist das Bundesgericht, z. B. in der Überprüfung des Sachverhaltes (OG 105) ebenso frei wie der Bundesrat; es übt eine Rechtskontrolle aus (OG 104) und könnte daher die im Ausverkaufsrecht wichtige Frage überprüfen, ob die Polizeibehörden in den Grenzen ihres pflichtgemässen Ermessens geblieben sind oder nicht [17].

Aus diesen Gründen ist es bedauerlich, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in der Ausverkaufsordnung nicht vorgesehen wurde. Das Fehlen dieses gerichtlichen Rechtsschutzes kann sich unter

16) *Kirchhofer* aaO 38 f, 41 f.
17) *Birchmeier* aaO 437 ff.

Umständen so auswirken, dass sich die Veranstalter von Ausverkäufen büssen lassen, d. h. ein Strafverfahren provozieren, um in den Genuss der freien Überprüfung der Rechtsanwendung durch ein Gericht (letztlich durch den Kassationshof des Bundesgerichtes) zu kommen. Das mögen folgende Beispiele illustrieren: Im ersten Fall veranstaltet ein unehrlicher Kaufmann seinen Ausverkauf, ohne die erforderliche Bewilligung einzuholen; er tut das auf die Gefahr hin, verzeigt und gemäss AVO 20.1a strafrechtlich belangt zu werden; ist er mit der Strafe, die in der Regel eine Geldbusse ist, nicht einverstanden, so kann er die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht ergreifen. Im zweiten Fall sucht ein ehrlicher Kaufmann vor Beginn seines Ausverkaufs um die Bewilligung nach; wird ihm diese, aus irgend einem Bagatellgrund, verweigert, so hat er lediglich die Möglichkeit, die Beschwerde an den Bundesrat zu erheben. — Mit dieser Gegenüberstellung glauben wir die Berechtigung der Forderung nach einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Ausverkaufssachen noch besser unterstrichen zu haben.

III. Die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht

1. Zur Zeit, als die Regelung des Ausverkaufswesens noch Sache der Kantone war, konnten die Gewerbetreibenden gegebenenfalls an das Bundesgericht gelangen und dort geltend machen, die polizeiliche Verfügung oder der kantonale Erlass selber verletze ihre verfassungsrechtlich garantierte Gewerbefreiheit. Auf diese Rekurse hin hatte das Bundesgericht in konstanter Praxis Grundsätze entwickelt und Richtlinien gegeben, die zum Teil noch heute Geltung haben.

Mit der Vereinheitlichung des Ausverkaufsrechts durch den Bund hat sich die Sachlage auf dem Gebiet des Rechtsschutzes wesentlich verändert. Das Ausverkaufsrecht ist Bundesrecht geworden und hat für das Bundesgericht Verbindlichkeit erlangt (BV 113.3 und OG 84). Es ist also dem Bundesgericht versagt, z. B. die zeitlichen Beschränkungen des Ausverkaufs (AVO 9 ff) auf ihre Verfassungsmässigkeit zu untersuchen. Ebensowenig kann die Übereinstimmung des Geschäftseröffnungsverbotes (AVO 16) mit dem Grundsatz der HGF überprüft werden. Wir haben uns deshalb im folgenden auf die Frage zu beschränken, inwieweit das den Kantonen verbliebene oder ausdrücklich vorbehaltene Ausverkaufsrecht vom Bundesgericht beurteilt werden kann.

2. Der kantonalen Regelung sind die das Bundesrecht ergänzenden (AVO 25.1), die von diesem abweichenden Vorschriften (AVO 26), die für den Vollzug der Ausverkaufsordnung notwendigen Verfahrensbestimmungen (AVO 24.1), die Ordnung der Ausverkaufsabgaben (AVO 25.2) sowie die kantonalen Strafvorschriften (AVO 27) vorbehalten. Abgesehen von den Bestimmungen über die Ausverkaufsabgaben, die auf ursprünglicher kantonaler Zuständigkeit gründen, beruhen alle kantonalen Vorschriften entweder auf einer bundesgesetzlichen Kompetenz (UWG 19.1) oder wie AVO 26 auf einer meines Erachtens unzulässigen Delegationsnorm des Verordnungsgebers. Wenn man auch nicht annehmen will, dass diese kantonalen Vorschriften Bestandteile des Bundesrechts sind, so müssen dennoch allfällige Beschwerden gegen solche Bestimmungen mit der staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesrat angefochten werden. Das aus folgenden Gründen:

Wie gesagt kann beim Bundesgericht nur die Verletzung verfassungsmässiger Individualrechte geltend gemacht werden. Hierfür ist erforderlich, dass die auf Grund unrichtiger Anwendung des kantonalen Ausverkaufsrechts erfolgten Verfassungsverletzungen selbständige Bedeutung haben, also nicht im Zusammenhang mit einer unrichtigen Anwendung bundesrechtlicher Vorschriften stehen, ansonst sie, dem Grundsatz der Kompetenzattraktion gemäss, Gegenstände einer Beschwerde an den Bundesrat werden. Es fragt sich daher, ob die in Frage stehenden kantonalen Vorschriften als solche mit dem bundesrechtlichen Ausverkaufsrecht verbunden sind. Eine derartige Beziehung haben wir jedenfalls für die auf Grund von AVO 25.1 und 26 erlassenen Bestimmungen angenommen. Aber auch die den Kantonen vorbehaltenen Verfahrens- und Strafvorschriften dürften dieses Erfordernis erfüllen. Nimmt man aber eine solche Beziehung an, so muss man sich weiter fragen, ob denn die bundesrätliche Ausverkaufsverordnung, die ihrerseits auf einer Delegation beruht, sich selbst im Rahmen dieser Ermächtigung gehalten hat. Trifft das zu, so ist sie wie ein Bundesgesetz für das Bundesgericht verbindlich. Widrigenfalls kann untersucht werden, inwieweit sie den bundesgesetzlichen Rahmen sprengt. Das zu überprüfen, ist aber keine Frage des Verfassungsrechtes, hier der Gewerbefreiheit, sondern eine Frage der Gesetzesauslegung, die nach der geltenden Ordnung in die Kognition des Bundesrates fällt.

3. Für die Anfechtung kantonaler Hoheitsakte bei der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes bleibt nur wenig Raum. Praktisch bedeutsam sind die Beschwerden gegen kantonale Gebühren-, bzw. Steuerverfügungen. Bei diesen kann entweder geltend gemacht werden, die erhobenen Abgaben seien prohibitiv und verletzten deshalb die *Gewerbefreiheit* (OG 84.1a), oder dann, die Weigerung der kantonalen Behörden, auf ein begründetes Begehren auf Rückerstattung nichtgeschuldeter Ausverkaufssteuern einzutreten, sei *Willkür* im Sinne von BV 4 (OG 87). Daneben können beim Staatsgerichtshof auch die Verletzung des auf Grund einer Kantonsverfassung oder BV 4 beruhenden Satzes „Nulla poena sine lege" oder des dem kantonalen Prozessrecht angehörenden Grundsatzes „In dubio pro reo" angefochten werden [18].

Alle diese Beschwerden können nach Erschöpfung der kantonalen Instanzen an sich direkt beim Bundesgericht eingereicht werden. Bei Verletzung kantonaler Strafrechtsgrundsätze müssen unter Umständen die staatsrechtliche Beschwerde und die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht nebeneinander erhoben werden (BStP 269.2) [19]. Soweit es sich um Verletzung von Bestimmungen polizeirechtlichen oder administrativen Charakters handelt, ist es jedoch von Vorteil, die Rüge wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte sowohl beim Bundesgericht als auch beim Bundesrat zu erheben, da oft nicht feststeht, ob dieser Rüge selbständige Bedeutung zukommt; die beiden Rekursinstanzen werden dann die Frage der *Zuständigkeit* zur Beurteilung der Beschwerde mittels Meinungsaustausch abzuklären haben (OG 96.2). Tritt der Bundesrat zuerst auf die Beschwerde ein und hebt er den Entscheid der letzten kantonalen Instanz auf, so ist die Frage, ob dieser auch noch aus andern Gründen anfechtbar gewesen wäre, nurmehr theoretischer Art, was für die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde nicht genügt [20].

Das Bundesgericht ist in der *Kognition* beschränkt. Insbesondere führt die Willkürbeschwerde — wie ihr Name sagt — nicht zu freier Überprüfung der Rechtsanwendung. So hat das Bundesgericht bei einer Beschwerde betr. Rückerstattung nichtgeschuldeter kantonaler Steuern erkannt, dass es einen kantonalen Entscheid, der die Ge-

18) BGE 73 IV 138 E 5, 75 I 215, 78 IV 125/26 sowie *Huber* Hans, „Nulla poena sine lege" und schweiz. Strafgesetzbuch, in: SJZ 36 (1939/40) 22 ff.

19) *Birchmeier* aaO 548.

20) *Birchmeier* aaO 410.

währung der Revision verweigert, nur aufheben könne, wenn die Ablehnung einer Rechtsverweigerung gleichkommt. Es stehe ihm also nicht dieselbe freie Überprüfungsbefugnis zu wie bei den eidgenössischen Steuern, wo die Revision bereits dann zulässig sei, wenn Grundsätze der Billigkeit oder Zweckmässigkeit dafür sprechen [21].

21) BGE 75 I 311 f, 76 I 8, 78 I 60 f, 206 f. — Der enge bundesgerichtliche Willkürbegriff scheint allerdings in der heutigen Zeit, wo die Verwaltungsgesetzgebung auch der Kantone immer engmaschiger wird, überholt zu sein.

Anlage 1

Bundesrechtliche Bestimmungen über das Ausverkaufswesen

Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
vom 30. September 1943, Vierter Abschnitt / Art. 17 - 20 (AS 61, 1 ff).
Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen
(Ausverkaufsordnung) vom 16. April 1947 (AS 63, 337 ff).

Anlage 2

Kantonale Erlasse über das Ausverkaufswesen *)

Zürich
V über das Ausverkaufswesen vom 6. November 1947.
Bern
(G über den Warenhandel, das Wandergewerbe und den Marktverkehr vom 9. Mai 1926/30. Juni 1935/11. April 1937).
Kreisschreiben des Regierungsrates an die Regierungsstatthalter vom 5. Dezember 1947.
Luzern
V über die Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe vom 30. April 1953.
Uri
(V über den Markt- und Hausierverkehr vom 25. Sept. 1897/19. Sept. 1922).
Schwyz
(G über die Ausübung der Handelsgewerbe im Kanton Schwyz v. 21. April 1902).
(VV zum kantonalen Gesetz über die Ausübung der Handelsgewerbe vom 23. Januar 1929).
Obwalden
V betr. die Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe vom 23. November 1948.
Nidwalden
(G betr. den Hausierverkehr, das Verfahren bei Ausverkäufen und die Bekämpfung unlauteren Geschäftsgebarens vom 24. April 1938).
V betr. die Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe vom 26. Februar 1949.
Glarus
G über die Handelspolizei vom 7. Mai 1922/7. Mai 1933/2. Mai 1948.
Zug
Einführungsgesetz zum BG über den unlauteren Wettbewerb vom 9. März 1950.
Freiburg
(G über die Handelspolizei vom 29. November 1900).
(Règlement d'exécution (R) du 25 janvier 1940).
Solothurn
(V betr. Ausverkäufe vom 28. April 1931).

---

* Die in Klammern gesetzten Erlasse stammen aus der Zeit vor Inkrafttreten der AVO, haben aber zum Teil heute noch Geltung.

Baselstadt

G betr. Einführung der Ausverkaufsbestimmungen des BG über den unlauteren Wettbewerb vom 20. November 1947.

V betr. das Ausverkaufswesen vom 6. Januar 1948.

Baselland

VV zur eidg. Ausverkaufsordnung vom 12. Februar 1948.

Schaffhausen

(G betr. den Warenhandel sowie das Markt- und Hausierwesen vom 20. November 1933).

Appenzell A.-Rh.

VV zur bundesrätlichen Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 27. November 1947.

Appenzell I.-Rh.

VV zur Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 6. April 1948.

St. Gallen

V über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 23. Dezember 1947.

Graubünden

Provisorische Ausführungsbestimmungen (AB) des grossen Rates zur bundesrätlichen Ausverkaufsordnung vom 25. November 1947.

Gebührentarif zur Ausverkaufsordnung vom 5. Dezember 1947.

Aargau

VV zur Bundesratsverordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 19. Dezember 1947.

V (des Grossen Rates) über die Gebühren für Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 5. März 1948.

Thurgau

V über das Ausverkaufswesen vom 9. Februar 1948.

Tessin

(Legge regolante l'esercizio del commercio del 26 maggio 1926).

Waadt

(Loi du 18 novembre 1935 sur la police du commerce; Règlement d'exécution du 27 mars 1936).

Arrêté (du Conseil d'Etat) d'application de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les liquidations et opérations analogues du 2 décembre 1947.

Wallis

Beschluss (des Staatsrates) betr. die Anwendung der Bundesratsverordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 23. April 1948.

Neuenburg

(Loi sur la concurrence déloyale et les liquidations du 18 avril 1922).

Arrêté (du Conseil d'Etat) concernant l'adaption des prescriptions cantonales aux disposition de l'ordonnance fédérale sur les liquidations et opérations analogues du 19 décembre 1947.

Genf

Arrêté (du Conseil d'Etat) codifiant le droit cantonal genevois relatif aux liquidations et opérations analogues, et réglant la procédure à suivre en la matière du 6 décembre 1947.

Gedruckt in Westdeutschland